Die sekundäre Unterlassungspflicht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Philipps-Universität

zu Marburg

vorgelegt von

Gerhard Görisch

Kammergerichtsreferendar in Berlin

Marburg 1927

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig

1928

Berichterstatter: Professor Dr. Fr. Leonhard

Von der Juristischen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg
als Dissertation im November 1927 angenommen

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern in Dankbarkeit

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556026_0070

Inhalt.

Seite

Einleitung 1

I. Teil:

Begriff, Wesen und Inhalt der sekundären Unterlassungspflicht.

§ 1. Begriff der sekundären Unterlassungspflicht 2
§ 2. Erscheinungsformen in geschichtlichen Rechten 4
a) Römisches Recht 4
b) Deutsches Recht 8
§ 3. Wesen der sekundären Unterlassungspflicht 11
§ 4. Nähere Inhaltsbestimmung 23

II. Teil:

Rechtliche Behandlung der sekundären Unterlassungspflicht.

§ 5. Entstehung und Untergang 25
§ 6. Rechtsfolgen der Verletzung durch den Schuldner 26
a) Das vereitelnde Zuwiderhandeln 27
b) Das beeinträchtigende Zuwiderhandeln 29
c) Das gefährdende Zuwiderhandeln 33
§ 7. Rechtsfolgen der Verletzung durch Dritte 48
§ 8. Mehrheit von Unterlassungsverpflichteten 51
§ 9. Verjährung 52

Literatur.

Baum, Der Unterlassungsanspruch aus der Konkurrenzklausel. JurW. 1912 S. 664 ff.

Béranger, Über die Ausdehnung der im BGB. gewährten Unterlassungsklagen. Marburger Dissertation 1923.

v. Blume, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage. Festschrift für Güterbock 1910 S. 381 ff.

Boethke, Besprechung von Sibers „Rechtszwang". Gruchot 50 S. 160 ff.

Böhm, Anspruch auf Unterlassung des der Verpflichtung zu einem Tun zuwiderlaufenden Verhaltens. JurW. 1909 S. 9.

Brecht, System der Vertragshaftung. Jherings Jahrb. 53 S. 224 ff.

— Die einfache und die wiederholte positive Vertragsverletzung. Jherings Jahrb. 54 S. 83 ff.

v. Buchka, Die indirekte Verpflichtung zur Leistung. 1904.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II (Recht der Schuldverhältnisse). 1902.

Dernburg, System des Römischen Rechts. 2. Teil. 8. Aufl. 1912.

— Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches. Bd. II (Schuldverhältnisse). 4. Aufl. 1915.

Eltzbacher, Die Unterlassungsklage. 1906.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I. 9. Aufl. 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 2. Abteilung. 18.—22. Aufl. 1923.

Fischer, Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung. 1905.

Flad, Von der Unterlassungsklage. Jherings Jahrb. 70 S. 336 ff.

Fuchs, Anspruch auf Unterlassung des der Verpflichtung zu einem Tun zuwiderlaufenden Verhaltens. JurW. 1908 S. 700.

Girard, Geschichte und System des Römischen Rechts, übersetzt von Mayr. 2. Teil. 1908.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I. 2. Aufl. 1903.

Golde, Nachträgliche Unmöglichkeit oder Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten. Arch. f. ziv. Prax. 99 S. 306 ff.

Hartmann, Die Obligation. 1875.

Hedemann, Zivilistische Rundschau Nr. 40, 41, 43—46; Arch. f. bürgerl. Recht 31 S. 355 ff.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1910.

— Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechtes. Bd. I. 1903.

Hoche, Der allgemeine Unterlassungsanspruch, die Voraussetzungen seines Entstehens und seiner Klagbarkeit. Jenaer Dissertation 1914.

Holländer, Anspruch auf Unterlassung des der Verpflichtung zu einem Tun zuwiderlaufenden Verhaltens. JurW. 1909 S. 93.

Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des BGB., bearbeitet von Schollmeyer. 1900.

Hölder, Über Ansprüche und Einreden. Arch. f. ziv. Prax. 93 S. 1 ff.
— Anspruch und Klagrecht. Zeitschr. für Zivilprozeß 29 S. 50 ff.
Jacobsohn, Die Unterlassungsklage. 1912.
Kipp, Über den Begriff der Rechtsverletzung. Festschrift für Gierke Bd. II S. 1 ff.
— Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen. DJZ. 1903 S. 253 ff.
Klein, Ein Beitrag zur Frage von der rechtlichen Bedeutung der „Vorbereitungshandlungen" zur Leistung. Seufferts Bl. 73 S. 309 ff.
Knigge, Die negative Leistung. Erlanger Dissertation 1903.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II Teil 1 (Schuldrecht). 1906.
— Beiträge zum Arbeitsvertrag des modernen Rechts. Arch. f. ziv. Prax. 84 S. 1 ff.
Kotterba, Die Rechtsfolgen positiver Vertragsverletzungen gegenüber Verträgen unter Berücksichtigung der neueren Judikatur und Literatur. Breslauer Dissertation 1923.
Krückmann, Die Lehre von den positiven Vertragsverletzungen. DJZ. 1905 S. 205 ff.
— Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. Arch. f. ziv. Prax. 101 S. 190 ff.
Lehmann, Die Unterlassungspflicht im BGB. 1906.
— Die positiven Vertragsverletzungen. Arch. f. ziv. Prax. 96 S. 60 ff.
— Allgemeiner Teil des BGB. 2. Aufl. 1922.
Leonhard, Franz, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1923.
— Verschulden beim Vertragsschlusse. 1910.
Lesser, Der Inhalt der Leistungspflicht. 1909.
— Das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen. 1906.
v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB. 1898.
Löning, Der Vertragsbruch im Deutschen Recht. Bd. I. 1876.
Meumann, Prolegomena zu einem System des Vermögensrechts. 1. Abteilung. 1903.
Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse. 1866.
Nußbaum, Haftung für Hilfspersonen nach § 278 BGB. in Vergleichung mit dem gemeinen und Landesrecht. 1898.
Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. 3. u. 4. Aufl. 1910.
Planck, Kommentar zum BGB.: Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1913; Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 1914—1925; Sachenrecht, 4. Aufl. 1920.
Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter. 1896.
Reichel, Die Schuldmitübernahme. 1909.
Schneider, Der Begriff des Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB. Jherings Jahrb. 53 S. 1 ff.
Schöller, Folgen schuldhafter Nichterfüllung von Verträgen. Gruchot 46 S. 1 ff. u. 253 ff.
Schöninger, Die Leistungsgeschäfte des Bürgerlichen Rechts. 1906.
Schrage, Über Unterlassungspflichten und positive Vertragsverletzungen. Königsberger Dissertation 1913.
Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach Deutschem Reichsrecht. 1903.
— Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. Jherings Jahrb. 50 S. 55 ff.
Sohm, Institutionen des Römischen Rechts. 16. Aufl. 1920.
Stadie, Die allgemeine Unterlassungsklage. Marburger Dissertation 1922.

Staudinger, Kommentar zum BGB.: Recht der Schuldverhältnisse, 7.—8. Aufl. 1912; Sachenrecht, 2. Hälfte, 9. Aufl. 1926.
Staub, Die positiven Vertragsverletzungen. 1904.
Stephan, Die Unterlassungsklage. 1908.
v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I. 1910.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung. 1900.
Ulrich, Der Unterlassungsanspruch aus obligatorischen Rechtsverhältnissen nach geltendem Recht. Erlanger Dissertation 1914.
Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im BGB. Arch. f. ziv. Prax. 92 S. 1 ff.
Zitelmann, Nichterfüllung und Schlechterfüllung. Festschrift für Krüger 1911 S. 265 ff.

Einleitung.

Über Unterlassungspflichten ist bisher nicht viel geschrieben worden, über die sekundäre Unterlassungspflicht ist bisher nichts geschrieben worden. Daher rechtfertigt sich diese Arbeit. Sie rechtfertigt sich auch deswegen, weil sie nicht nur eine Frage akademischen Interesses, sondern auch erheblich praktischen Wertes ist. Die Erkenntnis von Begriff und Wesen der sekundären Unterlassungspflicht ermöglicht eine klare Systematik im Gebiet der Vertragsverletzungen des BGB. und eine befriedigende Regelung der sogenannten Unterlassungsklage zum Schutz der Forderungsrechte. Es wurde eingangs behauptet, über die sekundäre Unterlassungspflicht sei bisher nichts geschrieben worden. Eine Einschränkung dessen ist nötig. Heinrich Lehmann hat sie in seinem geistvollen Werk: „Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht" berührt und den Begriff überhaupt erst geprägt, ohne allerdings in ihr Wesen und die damit verbundenen Folgerungen für ihre rechtliche Behandlung näher einzudringen. Kommentare und Lehrbücher nach ihm haben sich begnügt, seine Ergebnisse zu registrieren. Es gilt hier dasselbe, was Zitelmann einmal bei der Erörterung der Frage nach dem Wesen der „Lücken im Recht" gesagt hat: „Man weiß ja, wie seltsam das geht: dicht neben einem von allen Reisenden besuchten Gebiet ein anderes ebenso lohnendes, das doch ganz einsam, geradezu in Vergessenheit daliegt. Fast jeder eilte und eilt daran vorüber; nur wenige haben dieses unbekannte Land betreten." So ist denn auch der Zweck der Arbeit, Neues zu zeigen; das Alte, Bekannte wird nur so weit herangezogen, als es zum Verständnis notwendig ist.

Erster Teil.

§ 1.

Begriff der sekundären Unterlassungspflicht.

Alle vorkommenden Unterlassungspflichten lassen sich in zwei Gruppen einteilen, die primären und die kombinierten Unterlassungspflichten.

Die primäre oder reine Unterlassungspflicht geht dahin, dem Schuldner ein Unterlassen als solches aufzuerlegen. Sie hat ihre gesetzliche Anerkennung in § 241 BGB. gefunden. Die Leistung, die der Gläubiger von dem Schuldner kraft des Schuldverhältnisses zu fordern berechtigt ist, kann auch in einem Unterlassen bestehen. Solche Unterlassungspflichten sind beispielsweise die Pflichten zur Unterlassung von Konkurrenzbetrieben, wie sie mannigfach im Handelsverkehr vorkommen, das „pactum de non licitando", das Versprechen der Stimmenthaltung in der Generalversammlung usw.

Von kombinierten Unterlassungspflichten spricht man dann, wenn positive, auf ein Tun gerichtete Schuldpflichten verbunden sind mit negativen selbständigen Pflichten. Ob die positive oder die negative Pflicht als Hauptinhalt des Schuldverhältnisses erscheint, macht dabei keinen Unterschied. Die kombinierten Unterlassungspflichten treten vielfach als ausdrücklich vereinbarte Bestandteile eines im übrigen auf positive Leistung gerichteten Vertrages auf. Man denke an folgenden Fall: Eine Zeche verpflichtet sich, einen Kohlenhändler im Ausland während eines bestimmten Zeitraumes mit einer bestimmten Kohlensorte zu beliefern und während desselben Zeitraumes dieselbe Kohlensorte keinem anderen Kohlenhändler im Ausland zu verkaufen. Man denke auch an die zahlreichen Bestimmungen der Hausordnung bei der Miete, etwa keine Hunde zu halten, alle lärmenden Hantierungen in bestimmten Tageszeiten zu unterlassen. Vielfach sind derartige Pflichten gesetzliche Folgen eines seiner sonstigen Natur nach positiven Schuldverhältnisses, so z. B. in §§ 664 Satz 1

691 Satz 1 BGB. In sehr weitem Umfange ergeben sie sich aber aus dem das Schuldrecht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben.

Diese beiden eben besprochenen Unterlassungspflichten haben selbständigen Charakter. Das zeichnet sie aus. Ihnen gegenüber steht die sekundäre oder unselbständige Unterlassungspflicht. Zur Formulierung ihres Begriffes führen uns folgende rein logische Erwägungen. Nach dem Satze vom Widerspruch muß jedem Menschen, dem eine Pflicht zu bestimmtem Handeln von der Rechtsordnung auferlegt ist, notwendigerweise zugleich ein Andershandeln verboten sein. Wenn A verpflichtet ist, auf Grund eines mit B abgeschlossenen Kaufvertrages diesem am 1. Juli ein bestimmtes Auto zu übereignen, so darf er es in der Zwischenzeit nicht zerstören, nicht beschädigen und nicht anderweitig veräußern. Muß C am 1. Oktober dem D ein von diesem gemietetes Auto zurückgeben, so darf er es nicht zerstören und nicht beschädigen. Diese Pflicht, das Andershandeln zu unterlassen, ist die Kehrseite der Pflicht zum positiven Tun. Sie wird von der Gebotsnorm noch nicht erfaßt, denn diese lautet nur: Übereignung des Autos, Rückgabe des Autos. Sie ist „der nach der negativen Seite hin ausgedachte Inhalt der Gebotsnorm“ [1]).

Diese Begriffsfeststellung sagt nun, wie Lehmann richtig bemerkt, noch nichts. Sie sagt nur, daß eine solche sekundäre Unterlassungspflicht besteht; ihren Umfang hingegen müssen wir auf andere Weise erschließen. Es handelt sich mit anderen Worten um die Frage: Welches Andershandeln widerspricht der Pflicht zum Sohandeln? Die Antwort darauf lautet verschieden. Ist eine Rechtspflicht auf ein gegenwärtiges Handeln gerichtet — hat der Verkäufer dem Käufer jetzt das Auto zu übereignen —, so erhellt leicht, daß aus der Pflicht zum Sohandeln das Verbot jedes Andershandelns sich ergibt. Nun lauten aber in den weitaus meisten Fällen die Rechtspflichten darauf, daß nicht gegenwärtig, sondern in Zukunft ein Bestimmtes geschehe. Muß auch hier der Schuldner jedes Andershandeln in der Zwischenzeit unterlassen? Gewiß nicht! Nicht jedes Andershandeln widerspricht der Pflicht zum Sohandeln. Der Verkäufer A ist verpflichtet, dem Käufer B am 1. Juli ein bestimmtes Auto zu übereignen. Darf A es in der Zwischenzeit an den C unter der aufschiebenden Bedingung, daß B es am 1. Juli nicht nimmt,

[1]) Lehmann, Die Unterlassungspflicht S. 10.

verkaufen? Wer wollte daran zweifeln! Er darf es deshalb, weil er der Verwirklichung des Zweckes des Schuldverhältnisses nicht zuwiderhandelt. Unter Zugrundelegen des Zweckmomentes erhalten wir also eine allgemeine Formulierung der skizzierten Unterlassungspflicht dahin, daß der Schuldner verpflichtet ist, alle Zuwiderhandlungen gegen die Verwirklichung der Zwecke des Schuldverhältnisses zu unterlassen. Ähnlich faßt auch Lehmann den Begriff[1]). Wir können noch einen Schritt weiter gehen. Zweck des Schuldverhältnisses ist Befriedigung des Gläubigers durch Wertbewegung, d. h. Verschaffung des ihm zugedachten wirtschaftlichen Gutes. Wertbewegung ist Leistung. Zweck des Schuldverhältnisses ist demnach auch Realisierung der geschuldeten Leistung. Eine brauchbare Definition der sekundären Unterlassungspflicht läßt sich so in Anlehnung an Hölder[2]) aufstellen: der Schuldner ist zur Unterlassung aller Zuwiderhandlungen gegen die Realisierung der geschuldeten Leistung verpflichtet.

Mehr läßt sich apriorisch nicht sagen, die geschuldeten Leistungen sind zu mannigfach.

§ 2.

Erscheinungsformen in geschichtlichen Rechten.

Vor weiteren Untersuchungen über die Natur der sekundären Unterlassungspflicht werfen wir einen kurzen Blick in geschichtliche Rechte. In den Kreis unserer Betrachtungen ziehen wir nur das römische und das deutsche Recht des Mittelalters als die beiden Wurzeln unseres geltenden Rechts.

a) Das römische Recht.

„Obligationem substantia in eo consistit, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum“ [3])

sagten die Römer. Nach dieser Begriffsbestimmung der Obligation des klassischen römischen Rechts bestand die Leistung in einem dare, facere oder praestare. Die römischen Juristen gingen weiter als wir, sie untersuchten den allgemeinen Begriff „Leistung“ und spezialisierten ihn.

---

[2]) Festgabe für Scheurl 1884 S. 57.
[3]) l. 3 pr. D. 44, 7.

Das facere umfaßt diejenigen Leistungen, die dem natürlichen Tun angehören, auch ohne Rechtsordnung vorkommen können. Als Beispiele führen die Quellen[4]) an: „fundum tradi vel insulam fabricari vel fossam fodiri vel operas vel quid his simile." Daß das facere auch das Verbot aller Zuwiderhandlungen gegen den Zweck desselben dem Schuldner auferlegt, davon sagen die Römer nichts.

Unter dare hingegen verstand man solche Leistungen, die gewissermaßen dem rechtlichen Tun angehören, nur in und durch die Rechtsordnung vorkommen können. Es ist die Übereignung von Sachen oder Verschaffung von Rechten, „dominium, usum fructum dare, viam ad fundum dare"[5]). Von einer sekundären Unterlassungspflicht ist auch beim dare nicht die Rede. Hätten die Römer eine solche Pflicht gekannt, so wäre es naheliegend gewesen, sie auszusprechen. Dies um so mehr, da sie bei der Normierung der Haftung des Stipulationsschuldners[6]) eingehend den Inhalt des dare untersuchten. Paulus verneint an der zitierten Stelle die Haftung, wenn der Untergang des stipulierten Sklaven durch schuldhafte Untätigkeit des Schuldners herbeigeführt worden ist, mit der Begründung, daß „quia, qui dare promisit, ad dandum non faciendum tenetur". In demselben Zusammenhange sagte der Jurist, daß, wenn der Schuldner den stipulierten Sklaven selbst getötet habe, die Haftungsfrage nicht schwierig sei, „si quidem occidat eum promisor, expeditum est". Man wird gewiß nicht mit Meumann[7]) so argumentieren dürfen, daß eine sekundäre Unterlassungspflicht überhaupt nicht aus dem Vertrage entspringen könne, da derjenige, der sich zu einem dare verpflichte, sich durch die Bindung seines Willens nur hierzu verpflichte; die culpa in faciendo ergebe sich also aus dem aquilischen Prinzip, nicht aus dem Vertrage; durch diesen entstehe nur ein Vermögenswert, der des aquilischen Schutzes bedürfe. Ich kann in diesem Zusammenhang nicht näher auf die von Meumann aufgeworfene Streitfrage eingehen. Nur das eine sei gesagt, daß die herrschende Meinung mit m. E. guten Gründen auf anderem Standpunkt steht. Andererseits wird man auch die Schlußfolgerung Lehmanns[8]), daß in der zitierten Digestenstelle die sekundäre Unterlassungspflicht

[4]) l. 72 pr. D. 45, 1
[5]) l. 75 § 10, 56 § 6, 136 § 1 D. 45, 1.
[6]) l. 91 pr. D. 45, 1.
[7]) S. 48.
[8]) Lehmann, Die Unterlassungspflicht S. 172.

zur Anerkennung komme, ablehnen müssen. Paulus sagt weiter nichts, als daß der Schuldner für die von ihm verschuldete Unmöglichkeit auf Schadensersatz haftet. Ganz klar wird Lehmanns Ansicht durch eine andere Stelle der Digesten selbst widerlegt[9]). An dieser Stelle führt Ulpian aus, daß derjenige, der einen Sklaven aus Kauf oder Stipulation schuldet und ihn leistet, nachdem er ihn vergiftet hat, nicht aus dem Vertrage auf Schadensersatz haftet, sondern aus unerlaubter Handlung gegenüber der actio doli. Hätten die Römer eine sekundäre Unterlassungspflicht beim dare anerkannt, so wäre Ulpians Meinung unrichtig, denn danu müßte er den Schuldner aus dem Vertrage und nicht aus Delikt haften lassen.

Als dritten möglichen Inhalt der Leistung definiert Paulus das praestare. Neben dem dare und facere tritt das praestare noch als Inhalt der intentio in den Klageformeln der lex Rubria c. 22 und bei Gaius auf[10]). Als Inhalt der Obligation findet es sich meines Wissens nur in der oben wiedergegebenen Definition des Paulus. Ulpian nimmt es in seine Begriffsbestimmung nicht auf[11]). Ob es also angängig ist, dem praestare neben dem dare und facere eine besondere Bedeutung als Obligationsinhalt zu geben, erscheint mir zweifelhaft. So allerdings wohl die herrschende Meinung[12]); obschon sie zwar nicht verkennt, daß ein scharfer Unterschied zwischen facere und praestare nicht gemacht wurde. Eine eingehende Prüfung dieser Frage stehe dahin. Hier kommt es auf eine viel wichtigere Tatsache an.

Das praestare kommt außerordentlich häufig in Verbindung mit diligentia, als „diligentiam praestare", als Inhalt von Schuldverhältnissen vor[12a]). Wie man es nun auch übersetzen mag, entweder mit „Sorgfalt leisten"[13]) oder mit „für unterlassene Sorgfalt einstehen müssen"[14]), haben wir hier nicht das gefunden, was wir suchen? Ist hier nicht die Pflicht, alle Zuwiderhandlungen gegen die Realisierung der Leistung zu unterlassen, in verstärkter, positiver Form anerkannt? Nein!

Wollte man „diligentiam praestare" mit „Sorgfalt leisten" übersetzen, so wäre man damit zur Annahme der sogenannten

---

[9]) l. 7 § 3 D. 4, 3.
[10]) Inst. 4, 2.
[11]) l. 25 pr. D. 44, 7.
[12]) Vgl. Dernburg, Pandekten § 280.
[12a]) Z. B. l. 32 D. 16,3; l. 38 pr. D. 39,2.
[13]) So z. B. Lehmann, Die Unterlassungspflicht S. 174.
[14]) Siber, Rechtszwang S. 173ff.; Schöninger; Leistungsgeschäfte S. 14ff.

Diligenzpflicht gezwungen. Das wäre aber unlogisch und widersinnig. Sorgfalt kann überhaupt nicht abstrakt vorgestellt oder als Gegenstand einer Verpflichtung gedacht werden. Sie gewinnt immer erst Leben und Inhalt durch Beziehung auf eine konkrete, tatsächlich umrissene Leistungspflicht. Ich kann wohl zur sorgfältigen Arbeitsleistung, zur sorgfältigen Aufbewahrung, zur sorgfältigen Bewachung — man denke an die Pflicht zur custodia — verpflichtet sein, aber nicht zur Sorgfalt an sich. Sorgfalt ist die Intensität einer Pflicht, aber nicht eine solche selbst[15]). „Diligentiam praestare" kann daher nicht „Sorgfalt leisten" heißen.

Dann kann es nur bedeuten: „für unterlassene Sorgfalt einstehen müssen". Aber darin liegt kein Anklang an die sekundäre Unterlassungspflicht. Nicht bei den negotia stricti juris, sondern nur bei den negotia bonae fidei mußte der Schuldner „diligentiam praestare". Hier führte die Vernachlässigung der diligentia zur Haftung für culpa levis, wenn der Schuldner zum „diligentiam diligentis patrisfamilias praestare" verpflichtet, zur Haftung für sogenannte culpa in concreto, wenn der Schuldner zum „diligentiam quam suis rebus praestare" verpflichtet war. Die neglegentia der diligentia ist eben culpa. Das ist der Standpunkt des klassischen Rechts des Corpus juris.

Das legt doch den Gedanken nahe, die diligentia in ihren beiden Verästelungen nur als Kunstbegriffe der römischen Juristen anzusehen, um dem Prätor eine leichte Handhabe zum Erkennen der Fahrlässigkeit in die Hand zu geben. Erwies sich eben das Verhalten des Schuldners im konkreten Fall nicht als ein solches, wie es ein anständiger „Durchschnittsphilister" einzurichten pflegte, so sollte er eben fahrlässig gehandelt haben. Das ist m. E. der Sinn von diligentia[16]). Ein Beleg hierfür findet sich auch in den Quellen, l. 25 § 7 D. 19, 2. Der Fall ist folgender: Eine Säule wird auf dem Transport zerbrochen. Die Haftungsfrage wird dahin beantwortet: „culpa abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset". Von einer sekundären Unterlassungspflicht ist dabei nicht die Rede.

Lehmann[17]) behauptet eine solche, indem er meint, in demselben Maße, in dem sich das jus strictum in ein jus aequum

---

[15]) Siber, Rechtszwang S. 171; Lehmann, Die Unterlassungspflicht S. 171; Oertmann, Komm. Bem. 4c zu § 241.

[16]) Vgl. auch Kuhlenbeck, Pandekten Bd. II S. 48ff.; Fischer, Die Verletzung des Gläubigerrechts S. 3 unten, 4.

[17]) Unterlassungspflicht S. 169.

et bonum verwandelt habe, habe sich auch eine Wandlung des Pflichtinhalts des Leistungsversprechens aus dem wörtlichen Inhalt in einen weiteren, mit Einschluß der sekundären Unterlassungspflicht vollzogen. Einen Beweis dafür hat uns auch Lehmann nicht bieten können. Er ist auch nicht zu erbringen, denn das römische Recht kennt die sekundäre Unterlassungspflicht nicht.

Wenn es zum Schluß dieses Kapitels noch gestattet sein soll, nach den Gründen zu fragen, so glaube ich zwei zu sehen. Zum ersten ist das römische Recht ein individualistisches Recht. Die Obligation verpflichtete die „vermögensrechtliche Persönlichkeit" des Schuldners, mehr nicht; sein Wille bleibt frei. Und die sekundäre Unterlassungspflicht verlangt Willenstat. Zum anderen ist es ein Denkfehler der Römer, der sich noch bis in die juristische Denkweise unserer Tage erhalten hat. Seit den Lehren Julians, des Kronjuristen Hadrians, macht sich das Bestreben bemerkbar, das gesamte Obligationenrecht als ein System der Folgen der Vertragsverletzungen zu betrachten, geradeso wie eine nicht gering verbreitete Meinung die Rechtsverletzung und nicht das begründete Recht als Grundlage der Klage hinzustellen beliebt. So spricht man denn überall von obligatorischem Verschulden, das zum Schadensersatzanspruch führe. Grundfalsch! Subjektives Verschulden ist nicht denkbar ohne objektive Rechtswidrigkeit, und Rechtswidrigkeit ist nicht denkbar ohne Rechtspflicht.

b) Das deutsche Recht.

„Sve icht borget oder lovet, die sal't gelden, unde svat he dut, dat sal he stede halden" [18]),

sagten die Deutschen. Das ist die Anerkennung der Pflicht, alle Zuwiderhandlungen gegen die Realisierung der geschuldeten Leistung zu unterlassen.

Von der hohen sozialen Bedeutung des Rechtes durchdrungen, löste das deutsche Recht des Mittelalters den Leistungsbegriff auf. Es zerspaltete die Leistung in zwei Bestandteile, das Leistensollen und das Haltensollen. Um jedem Mißverständnis aus dem Wege zu gehen, sei betont, daß der Gegensatz von Leistensollen und Haltensollen nicht identisch ist mit dem unter dem Schlagwort Schuld und Haftung vielerörterten zweiten Gegensatz in der deutschrechtlichen Obligation. Dieser zweite Gegen-

[18]) Sachsenspiegel I. Buch Art. 7.

satz besagt, daß Schuld und Haftung nicht notwendiges Korrelat der Obligation, sondern zwei verschiedene, voneinander zu trennende Gebilde sind, die in der Regel vereint auftreten, es aber nicht müssen. Es gibt Schulden ohne Haftung und Haftung ohne Schulden. Dieses Problem interessiert hier nicht.

Uns geht nur der ersterwähnte Gegensatz von Leistensollen und Haltensollen an. Spricht man von Leistensollen, so meint man damit das eigentlich Beabsichtigte und Gewollte des Schuldverhältnisses, um dessen willen der Schuldvertrag eingegangen wird. Leistensollen ist die Vertragsschuld [19]). Das Haltensollen hingegen ist, kurz gesagt, die Verpflichtung, „im Wort zu bleiben". Es ist aber nicht nur die Verpflichtung gewesen, das gegebene Wort nicht zurückzunehmen und nicht zu widerrufen, sondern mehr noch die Verpflichtung, „dem eigentlichen Zweck des Schuldvertrages, seiner Erfüllung, in keiner Weise mehr zuwiderzuhandeln, ihn weder durch ein Handeln noch durch ein Unterlassen zu vereiteln, die Erfüllung des Vertrages weder zu erschweren noch unmöglich zu machen, alles zu unterlassen, was dieselbe störend und hindernd beeinflussen oder gefährden kann" [20]). Zur Veranschaulichung und zum Beweise lasse ich einige Belege der Quellen folgen [21]):

— non solvere aut in aliquo contra facere vel venire. — Aus dem Jahre 1283 (Urkundenbuch der Stadt Lübeck I Nr. 450);

— observare neque contrarcuire de iure seu de facto. — Aus dem Jahre 1305 (Urkundenbuch des Stiftes und der Stadt Hameln bis zum Jahre 1407 Nr. 146);

— observare, nec contra facere vel venire aliqua ratione vel causa vel ingenio, de iure vel de facto. — Aus dem Jahre 1324 (Mecklenburgisches Urkundenbuch Nr. 4503);

— Das wir alle die vorgeschriben stukke stet, ganz und unverrukt haben und halden wellen und dowidir nicht ze tun noch dowidir ze komen heimelichen odir offenbar in dheynen weis. — Aus dem Jahre 1349 (Codex diplomaticus Anhaltinus III Nr. 854a);

— Ind dat wir vort alle andere punte — vaste, stede und unuerbruchlichen halden solen, und darwider nit dun

---

[19]) Puntschart S. 99ff.

[20]) Puntschart S. 93; Löning S. 130ff.

[21]) Die Belege sind, soweit mir die Originale der Quellen nicht zur Verfügung standen, den zitierten Werken von Puntschart und Löning entnommen.

noch komen of laissen genhien ouermitz (= vermittelst) nus selue of yeman anders, heymelich of offenbaire, geynerleye sinne, nuwe funden, behendicheit of argelist. — Aus dem Jahre 1370 (Seibertz, Urkundenbuch zur Landes- und Rechtsgeschichte des Herzogthums Westphalen II Nr. 813);

— stete veste und unverrukt zu halden und dowider nimmer zu thun in dcheine weis. — Aus dem Jahre 1376 (Gercken, Codex diplomaticus Brandenburgensis II Nr. 352).

Diese Quellenstellen mögen genügen; überflüssig zu bemerken, daß sie sich beliebig vermehren lassen.

Sie beweisen uns schlagend, daß die Treuepflicht der Deutschen, das Wort zu halten, modern gesprochen, nichts weiter ist als die Pflicht, alle Zuwiderhandlungen gegen die Realisierung der geschuldeten Leistung zu unterlassen[22]).

Haben wir das Vorhandensein der sekundären Unterlassungspflicht im deutschen Recht des Mittelalters festgestellt, so entsteht die zweite Frage: Welches sind die Rechtsfolgen der Verletzung dieser Pflicht?

An gesetzlichen Bestimmungen hierüber fehlt es größtenteils. Dafür finden sich in den Vertragsurkunden stereotype, anscheinend konventionelle Strafklauseln, die den Charakter von kraft Rechtssatzes eintretenden Rechtsfolgen zeigen[23]). Häufig sieht man von der Bestimmung von Konventionalstrafen ab und verweist einfach auf das, was bei einer solchen Vertragsverletzung zu geschehen habe[24]). In den Fällen, in denen die Rechtsfolgen durch Gesetz ausgesprochen sind, hat die Verletzung des Haltensollens öffentliche Strafe oder Schadensersatz, meist beides zusammen zur Folge. Mal herrscht der Gedanke an ein mit öffentlicher Strafe zu verfolgendes Delikt vor, mal denkt das Gesetz mehr an privatrechtliche Vertragsverletzung. Ein einheitliches Prinzip liegt dem Ganzen nicht zugrunde[25]). Das nimmt auch nicht wunder, wenn man bedenkt, daß eine Scheidung zwischen öffentlichem Strafrecht und privatem Zivilrecht im deutschen Recht nicht ausgebildet wurde. Es sind immer nur

---

[22]) Vgl. Lehmann, Unterlassungspflicht S. 52, 173.
[23]) Löning S. 132, 502 ff.
[24]) Löning S. 508.
[25]) Fischer S. 27 ff.

einzelne Fälle geregelt, z. B. Doppelveräußerung[26]), Vernichtung einer zu überliefernden Sache[27]), Veräußerung oder Vernichtung oder Verschlechterung einer zurückzugebenden Sache[28]). Auf die Kasuistik dieser Fälle näher einzugehen, würde sich schwerlich mit dem Zweck dieser Arbeit vertragen. Das Gesagte mag genügen.

§ 3.

Wesen der sekundären Unterlassungspflicht.

Wir haben oben[29]) bei der Bestimmung des Begriffes der sekundären Unterlassungspflicht gesagt, daß es eine unselbständige Pflicht im Gegensatz zu den selbständigen primären und kombinierten Unterlassungspflichten sei. Diese Behauptung bedarf noch des Beweises. Es handelt sich mit anderen Worten um die Frage nach dem Wesen der sekundären Unterlassungspflicht.

Wir hatten die Pflicht, alle Zuwiderhandlungen gegen die Realisierung der Leistung zu unterlassen, auch als die Kehrseite der Pflicht zum positiven Tun bezeichnet. Das legt nahe, ihr Wesen aus ihrem Verhältnis zur Leistung zu erschließen.

Der Begriff „Leistung" ist je nach dem eingenommenen Beurteilungsstandpunkt mehrdeutig.

Betrachtet man die Leistung vom Standpunkt des Gläubigers, so versteht man darunter das Endergebnis des schuldnerischen Bemühens, die erfolgte Übertragung des geschuldeten Gutes, wobei Gut natürlich nicht nur körperliche Sache bedeutet, sondern jeden Vorteil oder Wert umfaßt, der Gegenstand des Rechtsverkehrs ist. Kurz, Leistung bedeutet in diesem Sinne Gegenstand, z. B. das zu erbauende Haus, die zu übereignende Sache[30]). Den Gläubiger interessiert nur der Erfolg. Nur vom Leistungsgegenstand spricht daher das Gesetz, wo es die einzelnen Schuldverhältnisse definiert; nur von ihm spricht der Klageantrag, der Urteilstenor der Leistungsklagen. In diesem Sinne ist der Begriff Leistung in der Definition der sekundären Unterlassungspflicht gebraucht.

---

[26]) Vgl. Braunschweiger Stadtordnung von 1573 tit. 55 § 160, zit. Löning S. 390.

[27]) Vgl. Löning S 389.

[28]) Vgl. Augsburger Stadtrecht Art. 134 § 1; Löning § 52 und die dort zitierten Quellen.

[29]) § 1 dieser Arbeit.

[30]) So auch der Sprachgebrauch des Lebens, z. B. x hat viel geleistet.

Nimmt man andererseits den Standpunkt des Schuldners ein und beleuchtet den Begriff von dieser Seite, so begreift man darunter ganz allgemein das gesamte Verhalten, dessen Beobachtung durch das objektive Recht dem Schuldner zur Pflicht gemacht wird. Den Schuldner interessiert in erster Linie die ihm zugemutete Willensanspannung und die gesamte Tätigkeit, die er entfalten muß, damit der durch das Schuldverhältnis erstrebte Erfolg verwirklicht werde[31]). Das Leistungsverhalten kommt im Gesetz zur Sprache, wo dem Ausbleiben des Leistungserfolges Wirkungen beigelegt werden, in der Klage- und Urteilsbegründung, wenn Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert wird.

Daß wir für die Frage, die uns hier beschäftigt, den Leistungsbegriff nur in der zweiten Bedeutung verwenden können, liegt auf der Hand. Der Gläubiger will den näheren Zweckerfolg des Schuldverhältnisses verwirklicht sehen, das genügt ihm; die sekundäre Unterlassungspflicht gewinnt für ihn erst Bedeutung im Falle der Zuwiderhandlung durch den Schuldner. Dieser hingegen will wissen, welches Verhalten insgesamt ihm angesonnen ist, dem er ohne Nachteile für sich nicht entgegenhandeln darf.

Welches ist nun der Inhalt dieses weiteren Leistungsbegriffes? Das Gesetz bestimmt darüber in § 242 BGB., daß der Schuldner die Leistung so zu bewirken verpflichtet ist, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte das erfordern. Das sagt uns nicht genug. Wir müssen vielmehr auf deduktivem Wege, an Hand eines praktischen Falles versuchen, die Frage zu lösen, nicht ohne vorher zu bemerken, daß es sich natürlich nicht um Aufstellung eines allen Tatbeständen gerecht werdenden Schemas handeln kann — dazu ist das Leben zu vielgestaltig —, sondern daß es sich nur darum handeln kann, die allen Leistungen typischen Merkmale aufzusuchen.

Wir nehmen folgenden Fall: A gibt die ihm gehörige kostbare Rassehündin für die Dauer einer Reise vom 1. Juni bis zum 1. Juli bei dem Hundezüchter B gegen ein bestimmtes Entgelt in Pflege.

Das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis ist ein Verwahrungsvertrag im Sinne des § 688 BGB., demzufolge B verpflichtet ist, den Hund während der vereinbarten Zeit

---

[31]) Staudinger, Komm. Bem. 4e zu § 241; Lehmann, Unterlassungspflicht S. 56ff.

aufzubewahren und ihn nach Ablauf der Zeit, am 1. Juli zurückzugeben. Das sind die beiden Hauptpflichten der schuldnerischen Leistung, die sich aus Vertrag und Gesetz ergeben.

Neben diesen Hauptpflichten und mit ihnen kombiniert stehen selbständige Nebenpflichten, die teils auf vertraglicher Vereinbarung beruhen — so die Pflicht, den Hund zu füttern und ihm sonstige bei einem Rassehund übliche Pflege angedeihen zu lassen —, teils auf Gesetz beruhen — so die Pflicht, den Hund nicht bei einem Dritten weiter in Verwahrung zu geben (§ 691 BGB.) —, teils sich aus dem alle Schuldverhältnisse beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben ergeben — so die Pflicht, bei Krankheit des Hundes einen Tierarzt zu konsultieren. Diese Pflichten sind deshalb selbständige, weil den aus ihnen sich ergebenden subjektiven Rechten des A Ansprüche, die im Wege des Prozesses verfolgt werden können, zur Seite stehen. Sie können unmöglich werden und der Schuldner kann mit ihnen in Verzug geraten. Die Rechtsfolgen ihrer Verletzungen decken sich mit denen der Hauptpflichten. Ihr unterscheidendes Charaktermerkmal zu diesen liegt nur darin, daß sie ihnen gegenüber eine untergeordnete Rolle spielen, den Hauptpflichten zu dienen bestimmt sind. Es handelt sich um als gesonderte und rechtliche Individualitäten bestehende Pflichten von eigenem, den Hauptpflichten gegenüber neuem Inhalt, Pflichten aber, die doch im Vergleich zu den Hauptpflichten weniger wesentlich sind. In die Gruppe solcher Nebenpflichten zählen auch die oben[32]) bereits erwähnten sogenannten kombinierten Unterlassungspflichten.

Diese skizzierten Pflichten bilden die Leistung im Sinne des Leistungsgegenstandes, sie erschöpfen aber noch nicht den Gesamtinhalt der Schuldverpflichtung.

Das Leistungsverhalten des Schuldners umfaßt außer der Bewirkung des Leistungsgegenstandes Hilfsleistungen mannigfachster Art, denen ein ordentlicher Schuldner zur Verwirklichung des Zweckes des Schuldverhältnisses nicht entraten kann. Diese Unterscheidung zwischen der Haupt- und Nebenpflichten umfassenden Leistung und den Hilfsleistungen vermeidet das auf zweifelhaftem Gebiet immer mißliche Operieren mit einer doppelten Sinndeutung des Begriffes Leistung in Leistungsgegenstand und Leistungsverhalten.

---

[32]) § 1 dieser Arbeit.

Das Vorhandensein solcher Hilfsleistungen ergibt sich allgemein aus folgenden Erwägungen. Das Schuldverhältnis verpflichtet den Schuldner, dafür einzutreten, daß sich der Verpflichtungsinhalt verwirklicht. Wer mit seinem Pflichtwesen für ein Ergebnis eintreten soll, tritt auch ein für sein gesamtes Tun in bezug auf dieses Ergebnis. Kraft des Schuldverhältnisses schuldet der Schuldner nicht nur die isolierte, buchstäbliche Leistung, sondern er schuldet auch alles dasjenige, was gewissermaßen als Zubehör der Leistung angesehen werden muß. Allerdings pflegen die Parteien selten Bestimmungen darüber zu treffen. Es wäre auch sehr weitläufig und regelmäßig überflüssig, wollten sie alle fernliegenden Möglichkeiten, alle nur erdenkbaren Erfüllungshindernisse berücksichtigen[33]). Die Bestimmung des § 242 BGB., durch den § 241 BGB. erst Form und Farbe gewinnt, gibt dem Schuldner einen Maßstab an die Hand, den er bei Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu beachten hat. Und zwar ist dies ein objektiver Maßstab, denn Treu und Glauben ist nicht die subjektive Meinung des Schuldners, so daß er seine Verpflichtung nur dann verletzen würde, wenn er ein subjektives Unrecht begehen würde, sondern wider Treu und Glauben handelt derjenige, dessen Handlungen den Erfordernissen nicht entsprechen, welche man an die Handlungsweise eines rechtlichen Mannes in gleicher Lage zu stellen hat. Ist das richtig, so wird man daraus den Schluß ziehen können, daß alles bis zum Eintritt des Leistungserfolges Erforderliche zur Erfüllungstätigkeit des Schuldners zu rechnen ist, daß der Schuldner alles das hilfsweise leisten muß. Einige Beispiele mögen solche Hilfsleistungen veranschaulichen. Der Verkäufer muß die zu versendende Ware verpacken, um sie gegen die Unbilden der Witterung und die Gefahren des Transportes nach Möglichkeit zu schützen. Er wird, je nachdem es sich um zerbrechliche Glaswaren oder um Strohballen handelt, mehr oder weniger Vorsichtsmaßregeln anwenden müssen. Leicht verderbliche Waren wird der Schuldner beschleunigt befördern müssen. Der Verkäufer eines Pferdes ist bis zur Lieferung zur Fütterung des Tieres gehalten. Der Schuldner ist überhaupt zur Obhut und Erhaltung des Leistungsgegenstandes verpflichtet[34]). Aus diesen Erwägungen ergibt sich weiter zwangsläufig, daß die Leistungs-

---

[33]) Brecht, Vertragshaftung S. 230.

[34]) Vgl. Lehmann, Unterlassungspflicht S. 166, 171; Zitelmann, Nichterfüllung S. 273.

pflicht das Gebot umfaßt, alle Handlungen zu unterlassen, die der Verwirklichung des Leistungserfolges zuwiderlaufen. In unserem Beispiel darf der B den verwahrten Hund nicht töten und nicht verletzen; das erscheint nach dem Gesagten selbstverständlich. Ebenso ist ihm natürlich beispielsweise untersagt, die Hündin von einem Bastardhund decken zu lassen, da dadurch der Wert der Hündin beeinträchtigt und ihre Rückgabe in tadellosem Zustande zweifelhaft gemacht wird. Die Annahme der sekundären Unterlassungspflicht und die damit charakterisierte Erweiterung der positiven Leistungspflicht über ihren Wortsinn hinaus, die wir oben im Wege eines logischen Denkprozesses festgestellt haben, läßt sich ganz abgesehen davon schon der Bestimmung des § 242 BGB. wegen nicht vermeiden. Die Existenz der Pflicht ist somit auch aus dem Gesetz gerechtfertigt [35]).

Bevor wir uns weiter mit dem Wesen der sekundären Unterlassungspflicht befassen, müssen wir untersuchen, ob sie Gegenstand einer neben der Leistungspflicht stehenden besonderen Verpflichtung oder nur ein anderer, ein negativer Ausdruck für etwas schon in der Verpflichtung zur Hauptleistung Enthaltenes ist. Mit anderen Worten: Ist sie eine besondere Pflicht eigenen Inhalts oder eine tautologische Bezeichnung für die Leistungspflicht, wie es Siber [36]) behauptet? Man wird diese Frage allgemein weder bejahen noch verneinen können. Es ist von dem oben [37]) bereits hervorgehobenen Unterschied zwischen Rechtspflichten, die auf ein gegenwärtiges Handeln, und solchen, die auf ein zukünftiges Handeln gerichtet sind, auszugehen. Bin ich verpflichtet, gegenwärtig etwas zu tun, die verkaufte Ware jetzt zu übergeben, den gemieteten Wagen jetzt zurückzugeben, so ist klar, daß meiner Leistungspflicht jedes Andershandeln widerspricht; handele ich anders, so verletze ich meine Leistungspflicht. In diesem Falle ist die Pflicht, alle Zuwiderhandlungen gegen die Verwirklichung des Vertragszweckes zu unterlassen, in Wahrheit nur die ins Negative gekehrte Leistungspflicht, ein anderer Ausdruck für ein und dasselbe. Der Imperativ lautet: Leiste! Neben ihm steht nicht

---

[35]) So auch Lehmann, Unterlassungspflicht S. 167; Schöller, Nichterfüllung S. 27, 28; Reichel, Schuldmitübernahme S. 412, 413; Zitelmann, Nichterfüllung S. 272 ff.

[36]) Rechtszwang S. 85 ff., 175 ff.

[37]) § 1 dieser Arbeit.

etwa ein weiterer: Unterlasse jedes Andershandeln![38]) Bin ich dagegen verpflichtet, zukünftig etwas zu tun, den verkauften Wagen in einem Monat zu übergeben, den verwahrten Hund in einem Monat zurückzugeben, so war bereits gesagt, daß nicht jedes Andershandeln in der Zwischenzeit zu unterlassen ist, sondern nur ein solches, das der Verwirklichung des Vertragszweckes zuwiderläuft. Ich kann den Wagen, den Hund anderweitig unter Bedingungen, die mir die Erfüllung meiner Leistungspflicht gewährleisten, verkaufen. In diesem Falle ist die sekundäre Unterlassungspflicht also als eine besondere, neben der Leistungspflicht stehende Verpflichtung anzusehen.

Wir haben das Wesen der sekundären Unterlassungspflicht in ihrer Unselbständigkeit im Gegensatz zu den selbständigen Haupt- und Nebenpflichten gesehen. Was heißt das? Unter Unselbständigkeit einer Pflicht verstehe ich ihre Nichtdurchsetzbarkeit im Wege des Rechtszwanges. Drei Fragen erheben sich hier. Ist die sekundäre Unterlassungspflicht nicht durchsetzbar im Wege des Rechtszwanges? Wann ist eine Pflicht unselbständig in diesem Sinne? Sind solche Pflichten im Gesetz anerkannt?

Die sekundäre Unterlassungspflicht kann im Verletzungsfalle prinzipiell nicht zwangsweise durchgesetzt werden. Das ist das Ergebnis späterer Erörterungen[39]), das hier vorweg zu nehmen ist.

Wann ist eine Pflicht unselbständig in diesem Sinne? ist die zweite Frage. Wir müssen unterscheiden zwischen Pflichten, die Verbindlichkeiten sind, und solchen, die dieses Charaktermerkmals entbehren. Die Haupt- und selbständigen Nebenpflichten zusammen bilden die Verbindlichkeit des Schuldners, d. h. die Pflichten des Schuldners, zu deren Erfüllung er dem Gläubiger verbunden ist, auf deren Erfüllung der Gläubiger einen im Wege des Zivilprozesses erzwingbaren Anspruch hat. Unser Recht kennt aber auch Pflichten, die keine Verbindlichkeiten sind, d. h. sich nicht im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen lassen. Unter Pflicht wird ganz allgemein die Tatsache verstanden, daß jemandem im Interesse eines anderen ein bestimmtes Verhalten auferlegt ist[40]), ohne daß dem Berechtigten immer ein Rechtsanspruch darauf zusteht. Das kann nicht

---

[38]) Vgl. Lehmann, Unterlassungspflicht S. 168.
[39]) § 6 dieser Arbeit.
[40]) v. Thur, Allgemeiner Teil Bd. I § 4 III.

zweifelhaft sein, wenn man sich von dem Gedanken freimacht, die gesamte Rechtsordnung in ein System von subjektiven Rechten aufzulösen, und sich darüber klar ist, daß das Recht Pflichten kennt, denen ein Anspruch nicht gegenübersteht[41]). Nußbaum nennt diese Pflichten „unechte Verbindlichkeiten“[42]), besser und klarer heißt man sie unselbständige Pflichten. Welches ist nun das beide, selbständige und unselbständige Pflichten unterscheidende Merkmal? Die Erzwingbarkeit bzw. Nichterzwingbarkeit ist doch erst eine Folgeerscheinung, die uns noch nicht sagt, wann eine Pflicht zu der einen oder zu der anderen Gruppe zu rechnen ist. Zur Beantwortung dessen ist davon auszugehen, daß die Erfüllung einer Verbindlichkeit niemals ausschließlich die Rechtsgüter des Schuldners berührt, daß vielmehr die Verbindlichkeit die Übertragung eines Gutes an den Gläubiger erstrebt[43]), wobei Gut im weitesten Sinne des Wortes jeder wirtschaftliche Vorteil ist. Die Erfüllung der sekundären Unterlassungspflicht führt dem Gläubiger aber kein Gut zu, sondern bewahrt den Schuldner in der Regel nur vor Schadensersatzansprüchen. Man hat diese Fälle von Pflichten, in denen die Reaktion der Rechtsordnung darin besteht, daß dem Schuldner ein anderer Nachteil als die Durchsetzung der Leistung durch Gläubigerzugriff angedroht ist, auch „indirekte Verpflichtungen“ zur Leistung genannt[44]).

Diese Erörterungen gelten nicht allein für die sekundäre Unterlassungspflicht, sondern allgemein für alle Hilfsleistungspflichten. Sie alle sind unselbständige Pflichten in dem Sinne, daß im Verletzungsfalle dem Schuldner nicht die Erzwingung der Leistung durch den Gläubiger, sondern nur eine klag- und vollstreckbare Schadensersatzpflicht droht. Niemand wird daran denken, dem Käufer von Glaswaren einen klagbaren Anspruch darauf zu geben, daß der Verkäufer die Waren sorgfältig und sicher verpacke; wohl niemand wird daran denken, dem Käufer eines Pferdes einen klagbaren Anspruch darauf zuzusprechen, daß der Verkäufer das Tier bis zur Lieferung ordentlich füttere. Aus mangelhaften Hilfsleistungen kann der Gläubiger immer erst

---

[41]) Vgl. v. Blume, Unterlassungsanspruch S. 400.

[42]) Nußbaum, Hilfspersonen § 7 S. 52.

[43]) Vgl. Planck, Komm. Vorbem. III B 1 zu §§ 241 ff.; Nußbaum, Hilfspersonen S. 52.

[44]) Vgl. die beachtliche Schrift von v. Buchka, Die indirekte Verpflichtung zur Leistung; Siber, Rechtszwang §§ 6—10; Planck, Komm. Vorbem. III C 3 b zu §§ 241 ff.

dann Rechte herleiten, wenn sie die Leistung irgendwie beeinflußt haben, und zwar nur im Wege des Schadensersatzanspruches.

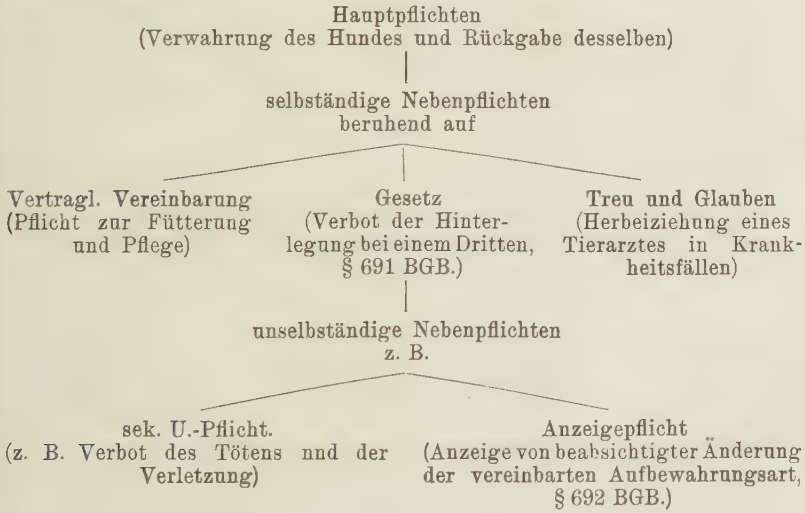
Unter den Hilfsleistungspflichten ragt außer der unselbständigen sekundären Unterlassungspflicht noch eine zweite unselbständige Pflicht hervor, die Anzeigepflicht. Auf das noch nicht völlig geklärte Problem der Anzeigepflicht kann naturgemäß in diesem Zusammenhange nicht erschöpfend eingegangen werden. Es soll nur so viel davon gehandelt werden, als erhellt, daß unselbständige Pflichten dem Recht des BGB. nicht fremd sind. Es scheiden zunächst diejenigen Fälle von sogen. Anzeigepflichten aus, in denen die Pflicht zur Anzeige eines Umstandes nicht im Interesse einer anderen Person auferlegt ist, sondern nur im Interesse des Anzeigenden selbst dergestalt, daß von der richtigen Bewirkung der Anzeige die Geltendmachung eines Rechtes des Anzeigenden selbst abhängt, z. B. die Pflicht des Versicherten zur Schadensanzeige im Versicherungsrecht. Das Gesetz statuiert aber in einer Reihe von Fällen eine Pflicht des Schuldners zur Anzeige bestimmter Umstände an den Gläubiger in dessen Interesse, z. B. in §§ 374, 384, 1220 BGB. Der Schuldner, welcher das Hinterlegungsrecht ausübt, bzw. der Pfandgläubiger, welcher die Pfandsache versteigert, hat dem Gläubiger bzw. Verpfänder die Hinterlegung bzw. Versteigerung anzuzeigen. Tut der Schuldner bzw. Pfandgläubiger dies nicht, so erwächst ihm eine Schadensverbindlichkeit; dagegen stellt sich diese Anzeigepflicht nicht als eine selbständige Pflicht dar. Denn nur mit dieser Auffassung läßt sich die Bestimmung in den zitierten Gesetzesstellen, daß im Falle der Unterlassung der Schuldner zum Schadensersatz verpflichtet sei, in Einklang bringen. Im Falle einer selbständigen Pflicht wäre dieser Zusatz überflüssig[45]). Man könnte vielleicht sagen, daß diese Bestimmung eine Leistungsklage ausschließen wolle. Das kann aber nicht die ratio legis sein, weil, wenn die rechtzeige Anzeige einmal versäumt worden ist, ihre Nachholung doch regelrecht eine physische Unmöglichkeit ist, abgesehen davon, daß wohl kein Kläger einen dahingehenden Klageantrag stellen würde. Selbst dann aber müßte auch eine Klage wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses der Abweisung unterliegen; denn durch die Erhebung der Klage tut der Gläubiger dar, daß er von dem anzeigepflichtigen Umstand auf andere Weise Kenntnis erlangt hat Aus diesen Darlegungen folgt mit hinreichender Deutlichkeit,

[45]) So mit Recht Nußbaum, Hilfspersonen S. 63, 64.

daß unselbständige Pflichten, Hilfsleistungen, in unserem Recht anerkannt sind.

Das Ergebnis unserer Erörterungen ist, kurz zusammengefaßt, folgendes: Der Begriff Leistung ist ein Sammelbegriff für Pflichten verschiedenster Art. Die Leistung besteht aus Haupt- und selbständigen Nebenpflichten, auf die der Gläubiger einen im Wege des Prozesses durchsetzbaren Anspruch hat, und Hilfsleistungen oder unselbständigen Nebenpflichten, deren Reaktion nicht in ihrer prozessualen Durchsetzung, sondern nur in klag- und vollstreckbaren Schadensersatzansprüchen besteht. In allen Kategorien können Unterlassungspflichten auftreten. Die unselbständige Unterlassungspflicht ist die Pflicht, alle Zuwiderhandlungen gegen die Verwirklichung des Vertragszweckes zu unterlassen. Sie ist nur dann als besondere Pflicht anzuerkennen, wenn die Leistung nicht gegenwärtig, sondern zukünftig zu erfüllen ist.

Die Zusammensetzung der Leistung läßt sich in Anlehnung an den oben gewählten praktischen Fall schematisch etwa folgendermaßen darstellen:



Neben diesen Leistungspflichten besteht nicht noch, wie von mancher Seite behauptet wird[45a]), eine sogen. allgemeine Sorg-

[45a]) So anscheinend Lehmann, Unterlassungspflicht S. 166 ff., 171; Krückmann, Unmöglichkeit S. 200 ff.

faltspflicht. Sie ist als ein Mehr neben den sonstigen Pflichten nicht zu denken, weil Sorgfalt nicht ein Verhalten des Schuldners, sondern nur eine Eigenschaft eines Verhaltens ist. Gegen die Sorgfaltspflicht richten sich dieselben Gründe, mit denen wir die Diligenzpflicht im römischen Recht verneinten[45b]).

Die Tatsache des Bestehens der sekundären Unterlassungspflicht hat ziemlich allseitig Anerkennung gefunden[46]). Man hat sich allerdings mit dieser Tatsache begnügt, ohne ihr Wesen und ihre rechtlichen Folgen näher zu erschließen. Gegner sind ihr eigentlich mehr in der Form als in der Sache erstanden.

Geleugnet wird die Existenz der sekundären Unterlassungspflicht nur, soweit ich sehe, von Bérang er[47]). Bérang er meint, eine sekundäre Unterlassungspflicht gebe es schon deshalb nicht, weil niemand zur Unterlassung von Handlungen verpflichtet sein könne, die, wenn er sie tue, nur ihm allein schaden, nicht aber dem Gegner. Der Verkäufer einer Sache könne also diese zerstören, er würde dabei weder rechts- noch pflichtwidrig handeln. Seine Schadensersatzpflicht beruhe auf der Unmöglichkeit der Leistung und nicht der Pflichtwidrigkeit. Es handele sich nur um moralische und keine rechtlichen Bindungen.

In der Polemik dagegen kann ich mich kurz fassen, weil die Fehlerhaftigkeit der Ansicht Bérangers unschwer zu erkennen ist. Lehnt man mit Bérang er eine Verpflichtung des Schuldners zur Unterlassung aller der Realisierung der Leistung zuwiderlaufenden Handlungen ab, so raubt man, wie Lehmann richtig bemerkt[48]), der Verpflichtung zur Herstellung des Erfolges überhaupt den Pflichtcharakter. Man würde dann etwas Leistungspflicht nennen, was diesen Namen nicht verdient. Eine Pflicht ohne Willensbestimmtheit ist schlechterdings nicht denkbar. „Eine Leistungspflicht ohne ein bestimmtes Maß von Willensbestimmtheit ist folglich eine ganz unmögliche Vorstellung, genau so unmöglich wie die Annahme eines Körpers ohne bestimmte räumliche Ausdehnung.“ In konsequenter Fortsetzung dieser Ansicht ist man dazu gezwungen, die Leistungsverpflichtung des

[45b]) So auch Planck, Komm. Vorbem. I, 3d zu § 275 u. a. m.

[46]) Außer den bereits genannten Schriftstellern: Oertmann, Komm. Bem. 2c zu § 241; Staudinger, Komm. Bem. 5c zu § 241; Enneccerus, Lehrbuch I, 2 § 228 I; Lesser, Leistungspflicht S. 28, Rücktrittsrecht S. 26 ff., 34; Stampe, Freirechtsbewegung S. 41, 42; Hoche, Unterlassungsanspruch § 25; Schrage, Unterlassungspflichten S. 15; Ulrich, Unterlassungsanspruch S. 12 ff.; RG. 67 S. 3. 72 S. 393.

[47]) Unterlassungsklagen S. 136, 137.

[48]) Unterlassungspflicht S. 175.

Pflichtcharakters zu entkleiden und das Wesen des Schuldverhältnisses in der Haftung aufgehen zu lassen. Diese von Brinz[49]) für das römische Recht vertretene Auffassung hat für unser jetziges Recht aber keine Geltung. Auch trifft der von Béranger zur Begründung seiner Ansicht vorgetragene Satz, daß die Schadensersatzpflicht auf Unmöglichkeit und nicht auf der Pflichtwidrigkeit beruhe, in dieser Form, wie später zu erörtern sein wird, keineswegs zu.

Eine zweite Gruppe von Schriftstellern erkennt zwar die Existenz einer Pflicht, die dem Schuldner gebietet, alle Zuwiderhandlungen gegen die Realisierung der Leistung zu unterlassen, an, vertritt aber die Ansicht, diese Pflicht gehöre nicht zur Leistung, sondern sei allenfalls eine Vorbereitungspflicht[50]).

Siber, mit dem Kohler und Zitelmann im Ergebnis konform gehen, begründet seine Meinung folgendermaßen: Leistung heiße ein Bekommen des Gläubigers und bestehe immer in der Herbeiführung fremden Nutzens auf Kosten eines Rechtsgutes des Schuldners. Das dem Schuldner obliegende Verhalten, das vom Gesetzbuch einfach als Leistung bezeichnet werde, sei aber nicht nur die Kehrseite des dem Gläubiger gebührenden Erfolges, sondern umfasse auch Pflichten, die die Rechtsverhältnisse des Gläubigers nicht berührten und daher noch keine Leistungen seien. Die Pflicht zur Nichtvereitelung und Erhaltung der Leistungsmöglichkeit sei daher keine Leistung, auch keine Teilleistung, da durch ihre Erfüllung der Gläubiger nichts erhalte. Sie müßten vielmehr schon „erfüllt" sein, bevor die primäre Leistungspflicht überhaupt erfüllt werden könne; sie bereiteten nur die Leistung vor, und es sei daher deutlicher, sie einfach Vorbereitungspflichten zu nennen.

Die Widerlegung dieser Ansicht wird davon auszugehen haben, daß die Gegner sich mehr gegen die Form, weniger gegen die Sache wenden. Es ist auch von mir nicht behauptet worden, daß die Erfüllung der sekundären Unterlassungspflicht dem Gläubiger einen Erfolg verschafft, daß sie zur Leistung im Sinne des Leistungserfolges (§ 241 BGB.) gehört. Von mir ist nur behauptet worden — dies wird auch von den Gegnern anerkannt —, daß sie zur Leistung im Sinne des Leistungsverhaltens, wie es § 242 BGB. im Auge hat, gehört. Ihre Erfüllung ist

[49]) Pandekten II S. 1 ff.

[50]) Siber in Plancks Komm. Vorbem. III B 1, C 1 zu § 241; Kohler, Lehrbuch II, 1 § 9 S. 29, Arch. f. ziv. Prax. 84 S. 1 ff., Zitelmann, Nichterfüllung S. 272 ff.

deshalb keine Teilleistung wie etwa Leistung der Hälfte einer geschuldeten Menge, aber doch etwas zur Leistung Gehöriges. Es ist m. E. nicht richtig, daß sie schon vor Erfüllung der primären Leistungspflicht erfüllt sein muß. Wenn das richtig wäre, brauchte sie bei der Haupterfüllungshandlung, die bei den meisten Geschäften des Lebens sich auf einen mehr oder weniger langen Zeitraum erstrecken wird, nicht mehr beobachtet werden, und ihre Nichtbeobachtung wäre dann keine Pflichtverletzung mehr. Das kann unmöglich richtig sein. Sie ist vielmehr erst mit der Erfüllung der Hauptverpflichtung erfüllt. Die sekundäre Unterlassungspflicht ist zwar kein Teil der Leistung, aber doch ein Stück Leistung. Die Bezeichnung „Vorbereitungspflicht" muß daher, wenn nicht für falsch, so doch zum mindesten für mißverständlich gehalten werden, ganz abgesehen von den rein sprachlichen Bedenken, die sich gegen diese Bezeichnung regen. Man kann nicht ein Unterlassen, d. h. ein Nichttun, „vorbereiten", d. h. ein positives Tun nennen. Das widerspricht jedem gesunden Sprachgefühl.

Zum Schluß dieser Betrachtung sei ein kurzes Wort über die angeblichen Vorbereitungspflichten im allgemeinen gestattet. Vorbereitungs*pflichten* gibt es meiner Ansicht nach nicht. Wenn wir uns erinnern, daß wir unter Pflicht die Tatsache verstanden, daß jemandem im Interesse eines anderen ein bestimmtes Verhalten auferlegt ist, so erhellt leicht, daß keinem Schuldner im Interesse des Gläubigers die Pflicht auferlegt ist, die zur Vornahme der Leistung erforderlichen Voraussetzungen herzustellen, z. B. ist der Bauunternehmer nicht im Interesse des Bauherrn zur rechtzeitigen Heranschaffung der Steine und Baumaterialien und Herstellung der Pläne verpflichtet, sondern nur in seinem eigenen Interesse, da er sonst den Bau nicht rechtzeitig fertigstellen könnte und sich Schadensersatzansprüchen aussetzen würde. Es handelt sich nur um Pflichten gegen sich selbst, um Gebote eines wohlverstandenen eigenen Interesses, die ein nicht auszurottender Sprachgebrauch immer als „Pflichten" bezeichnet. Vorbereitungs*handlungen* nennt man sie richtig, sie haben mit der Leistung nichts zu tun und stehen außerhalb von ihr. Sie zu Pflichten gegenüber dem Gläubiger zu stempeln, würde die menschliche Freiheit in einen Engpaß geraten lassen, aus dem sie nicht herauskönnte; das würde den Verkehr unerträglich erschweren, statt ihn zu erleichtern, wie es vornehmste Aufgabe allen Rechtes ist[51]).

[51]) Kohler, Arch. f. ziv. Prax. 84 S. 1—9; vgl. auch Klein, SeuffBl. 73 S. 311.

§ 4.

Nähere Inhaltsbestimmung.

Wenn wir bisher die sekundäre Unterlassungspflicht als die Pflicht, alle Zuwiderhandlungen gegen die Realisierung der Leistung zu unterlassen, definiert hatten, so muß gesagt werden, daß diese Formulierung eine denkbar allgemeine ist, und es wird sich jetzt darum handeln, eine praktisch brauchbarere aufzustellen.

Die behandelnden Schriftsteller haben sie, meist ohne ein Wort der Begründung, in verschiedenster Form fixiert. Lehmann[52]) meint, verboten seien alle Handlungen, die die Verwirklichung der Vertragszwecke vereiteln oder gefährden könnten. Von Oertmann[53]) wird als Inhalt der Pflicht die Unterlassung von Gefährdungen des Vertragszweckes und Schädigungen des Gegners angesehen. Staudinger[54]) vertritt die Ansicht, der Schuldner sei verpflichtet, Handlungen zu unterlassen, die die positive Leistung unmöglich machen. Nach Reichel[55]) ist der Schuldner gehalten, jede Vereitelung oder Beeinträchtigung des Leistungszweckes zu unterlassen. Schöller[56]) nennt die sekundäre Unterlassungspflicht eine Vertragspflicht, vertragswidrige Leistungen zu unterlassen. Diese Formulierungen sind sämtlich unvollständig.

Man geht am zweckmäßigsten von der Frage aus, was für Folgen bei Zuwiderhandlungen gegen die Realisierung der Leistung in bezug auf den Leistungserfolg überhaupt auftreten können. Unschwer wird man drei verschiedene Folgen erkennen können.

Der Verwahrer von Urkunden hat mit diesen Feuer angezündet, die Urkunden sind verbrannt. Die Folge seiner Zuwiderhandlung ist eine Vereitelung der Verwirklichung des Vertragszweckes (Rückgabe der Urkunden). Ulrich[57]), der sich noch am eingehendsten mit den möglichen Einwirkungen der Zuwiderhandlungen gegen die sekundäre Unterlassungspflicht auf die Hauptleistungspflicht beschäftigt, meint, dem Schuldner seien alle Handlungen verboten, die den Leistungserfolg unmöglich machen. Das ist aber zu eng. Die Zuwiderhandlung, die die Verwirklichung des Vertragszweckes vereitelt, braucht nicht

---

[52]) Unterlassungspflicht S. 10.
[53]) Komm. Bem. 2c zu § 241.
[54]) Komm. Bem. 5c zu § 241.
[55]) Schuldmitübernahme S. 412.
[56]) Nichterfüllung S. 27.
[57]) Unterlassungsanspruch S. 13.

immer Unmöglichkeit der Leistung herbeizuführen; sie kann auch zum Verzuge führen. Auch der Verzug ist eine Vereitelung der Verwirklichung des Vertragszweckes; denn der Zweck des Vertrages besteht nicht nur in der Bewirkung der inhaltlich richtigen Leistung, sondern auch der zeitlich und örtlich richtigen Leistung. Wird durch die Zuwiderhandlung eins dieser drei Elemente des Leistungserfolges vereitelt, so ist damit die Verwirklichung des Vertragszweckes vereitelt.

Der Mieter einer herrschaftlichen Wohnung hat die Muster der Seidentapete als Zielscheibe beim Pistolenschießen benutzt[58]). Daß er damit die Pflicht, Zuwiderhandlungen gegen die Realisierung des Leistungserfolges zu unterlassen, verletzt hat, liegt auf der Hand. Die Zuwiderhandlung hat hier aber nicht eine Vereitelung der Verwirklichung der Leistung, nämlich Rückgewähr der gemieteten Wohnung nach Ablauf der Mietszeit in unversehrtem Zustande, zur Folge, sondern nur eine Beeinträchtigung der Verwirklichung des Vertragszweckes, da dem Vermieter die Wohnung in ramponiertem Zustande zurückgegeben worden ist.

Der Entleiher kostbarer venetianischer Gläser treibt mit ihnen Jongleurkunststücke. Das ist weder eine Vereitelung, noch eine Beeinträchtigung der Verwirklichung des Vertragszweckes (Rückgabe der Gläser), sondern nur eine Gefährdung derselben. Durch seine Handlung ist die Gefahr des Verlustes der Gläser in das Bereich naheliegender Möglichkeit gerückt[59]). Selbstverständlich ist durchaus denkbar, daß eine Handlung des Schuldners, die zu einer Vereitelung bzw. Beeinträchtigung des Leistungserfolges geführt hat, primär eine Gefährdung des Leistungserfolges darstellt.

Abschließend können wir also sagen: In jedem Schuldverhältnis ist der Schuldner verpflichtet, alle Handlungen zu unterlassen, die die Verwirklichung des Leistungserfolges vereiteln, beeinträchtigen oder gefährden. Das ist eine praktisch brauchbare Formulierung der sekundären Unterlassungspflicht.

---

[58]) Der drastische Fall stammt von Fischer S. 99.
[59]) Ulrich, Unterlassungsanspruch S. 13ff.

Zweiter Teil.

§ 5.

Entstehung und Untergang.

Die sekundäre Unterlassungspflicht entsteht mit der Hauptleistungspflicht, deren Stück sie nur ist; das kann nach unserer Auffassung logischerweise nicht anders sein. Es kann kein früheres oder späteres Entstehen geben. Doch ist dieser Zeitpunkt nicht immer identisch mit dem des Entstehens des Schuldverhältnisses im weiteren Sinne, des gesamten obligatorischen Verhältnisses, aus dem die einzelnen Forderungsrechte (Schuldverhältnis im engeren Sinne) entspringen. Das zeigt sich bei der Miete. Die Leistungspflicht des Mieters geht auf Zahlung des Mietzinses und Rückgabe der Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses. Diese letztere Pflicht entsteht nun erst mit der Überlassung der Mietsache an den Mieter. Dieser Zeitpunkt braucht nicht notwendig identisch zu sein mit dem Beginn des Mietverhältnisses, z. B. der Mietvertrag läuft ab 1. April, der Mieter bezieht aber die Wohnung erst am 10. April. In diesem Zeitpunkt erst entspringt die sekundäre Unterlassungspflicht.

Die sekundäre Unterlassungspflicht geht unter mit dem Erlöschen der Leistungspflicht, aber auch erst dann, wie oben[60]) bereits dargelegt, nicht früher. Ob dieses Erlöschen der Leistungspflicht infolge von Erfüllung, Aufrechnung, Erlaß, Umwandlung in eine andere Schuld, Vereinigung von Schuld und Forderung oder Zweckerreichung stattfindet, macht dabei keinen Unterschied. Steht dem gläubigerischen Anspruch auf Leistung ein Gegenrecht des Schuldners behufs Abwehr des Klagerechtes, mit anderen Worten eine Einrede, zu, so wird man die Fälle der aufschiebenden und die Fälle der dauernden Leistungsverweigerungsrechte trennen müssen. Hat der Schuldner eine aufschiebende Einrede gegen den Anspruch, z. B. die Einrede des Zurück-

[60]) S. 22; vgl. auch Lehmann, Unterlassungspflicht S. 219.

behaltungsrechtes, so kann kein Zweifel darüber bestehen, daß der Schuldner die sekundäre Unterlassungspflicht erfüllen muß, denn seine Leistungspflicht besteht ja, nur ist der Anspruch des Gläubigers zur Zeit nicht durchsetzbar. Anders liegt der Fall, wenn es sich um eine dauernde Einrede handelt. In diesem Falle kann man nur annehmen, daß das subjektive Leistungsrecht durch das Vorbringen der Einrede zerstört wird, also auch die Leistungspflicht und damit die sekundäre Unterlassungspflicht ihr Ende gefunden hat. Wäre es doch unlogisch und widersinnig, anzunehmen, daß der Schuldner immer noch zur Erfüllung der sekundären Unterlassungspflicht verpflichtet wäre. Der herrschenden Lehre, die die Ansicht vertritt, daß im Falle des erfolgreichen Vorbringens einer dauernden Einrede für alle Zukunft sich Recht und Gegenrecht gehemmt gegenüberstehen, kann ich nicht beitreten; das ergibt sich abgesehen von allen anderen dagegen erhobenen beachtlichen Gründen[61]) meines Erachtens genügend deutlich aus unserem Gedankenschluß. Eine Ausnahme gilt nur für die Einrede der Verjährung, da § 194 BGB. nur eine Verjährung des Anspruchs, nicht aber des subjektiven Rechts kennt (§ 222 BGB.).

§ 6.

Rechtsfolgen der Verletzung durch den Schuldner.

Wir hatten oben[62]) behauptet, die sekundäre Unterlassungspflicht sei nicht im Wege des Rechtszwanges durchsetzbar. Sie tritt eigentlich immer erst sichtbar in Erscheinung, wenn ihr zuwidergehandelt worden ist und diese Zuwiderhandlung den Leistungserfolg irgendwie, sei es vereitelnd, sei es beeinträchtigend, sei es nur gefährdend tangiert. Die Rechtsfolgen der Verletzung gehen dann auch nicht von der Tatsache der Nichterfüllung der Pflicht aus, sondern von der Tatsache des Einflusses auf den Leistungserfolg. Das ergibt sich hinreichend klar aus folgendem Beispiel. Der Verkäufer einer Vase zerbricht diese mutwillig. Daß er damit eine den Leistungserfolg vereitelnde Verletzung der sekundären Unterlassungspflicht vornimmt, ist klar. Befreit der Käufer ihn jetzt aber von seiner Leistungspflicht durch Verzicht, so kann er aus der Verletzung der sekundären Unterlassungspflicht keine Rechtsfolgen herleiten. Dies deswegen,

---

[61]) Leonhard, Lehrbuch S. 48.
[62]) S. 16.

weil die Leistungspflicht untergegangen ist. Im weiteren werden nun die Rechtsfolgen der Verletzungen der sekundären Unterlassungspflicht durch den Schuldner zu erörtern sein.

a) Das vereitelnde Zuwiderhandeln.

Das Zuwiderhandeln des Schuldners vereitelt den Leistungserfolg inhaltlich, sofern es Unmöglichkeit bzw. Unvermögen zur Leistung herbeiführt; es vereitelt ihn zeitlich, sofern es Verzögerung der Leistung herbeiführt. Wir können die beiden Fälle der Unmöglichkeit bzw. des Unvermögens und der Verzögerung unter dem einen Gesichtspunkt zusammenfassen, da rechtssystematisch die Verzögerung auch als eine teilweise Unmöglichkeit, teilweise nämlich hinsichtlich der Zeit, aufgefaßt werden kann. Nur wegen des häufigen Vorkommens der sich als Verzögerung darstellenden Vertragsverletzungen, und weil es erwünscht schien, diese Fälle einer gesetzlichen Sonderbehandlung zu unterwerfen, hat das Gesetz die Verzögerung besonders behandelt, eine Tatsache, die leider dazu geführt hat, den inneren Zusammenhang von Unmöglichkeit und Verzögerung zu verdunkeln[63]). Zwei kurze Beispiele solcher vereitelnden Zuwiderhandlungen mögen die Fälle illustrieren. Der Verkäufer eines Autos verkauft dieses vor der Übergabe an einen dritten Gutgläubigen und übergibt es diesem. Der Verwahrer einer Vase schickt diese auf eine Ausstellung, so daß er sie am vereinbarten Rückgabetage nicht zurückgewähren kann.

Ich behaupte nun, daß jede Unmöglichkeit bzw. Unvermögen und jede Verzögerung nur eine Folge der Verletzung einer Hilfsleistungspflicht, z. B. der sekundären Unterlassungspflicht, ist. Die folgenden Erörterungen beziehen sich in gleicher Weise auf alle Hilfsleistungspflichten, obschon dem Zweck der Arbeit entsprechend hier nur von der sekundären Unterlassungspflicht die Rede ist. Nicht die Unmöglichkeit ist die Quelle des Anspruches auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 280 BGB.), nicht die Verzögerung ist die Quelle des Anspruches auf Schadensersatz wegen der Verspätung der Leistung (§ 286 BGB.), sondern die Verletzung der sekundären Unterlassungspflicht. Denn Unmöglichkeit und Verzögerung sind nur Tatsachen, die aussprechen, daß eine Leistung unmöglich bzw. trotz Fälligkeit und Mahnung nicht bewirkt worden ist, weiter nichts. Tatsachen sind aber keine Vertragsverletzungen, sondern solche können immer nur

[63]) Goldmann-Lilienthal, Lehrbuch I § 85 III, 4.

Handlungen sein. Das ergibt sich auch daraus, daß das Gesetz Fälle von Unmöglichkeit und Verzögerung kennt, an die keine Schadensersatzpflicht geknüpft ist (§§ 275, 285 BGB.). Unmöglichkeit und Verzögerung sind nur die Folge von bestimmten Vertragsverletzungen, nämlich von Zuwiderhandlungen gegen die sekundäre Unterlassungspflicht. Das sagt klar und deutlich das Gesetz selbst. Es normiert in § 280 BGB. die Schadensersatzpflicht für den Fall, daß die Leistung „infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird"; es macht die Schadensersatzpflicht wegen Verzögerung gemäß § 285 BGB. davon abhängig, daß die Leistung „infolge eines Umstandes unterbleibt, den der Schuldner zu vertreten hat", wobei es das, was zu vertreten ist, in den §§ 276—279 BGB. statuiert. Das Gesetz geht also davon aus, daß Unmöglichkeit und Verzögerung die Folge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes sein müssen, um eine Schadensersatzpflicht zur Entstehung gelangen zu lassen. Dieser farblos genannte „Umstand" ist die Quelle der Schadensersatzpflicht, sofern er zur Vereitelung der Leistung führt. Dieser Umstand kann nichts anderes sein als die Verletzung der sekundären Unterlassungspflicht.

Das ist bis jetzt in der Lehre noch nicht beachtet worden, vielmehr stellt man die Frage dahin: Hat der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten? bzw. Hat der Schuldner die Verzögerung zu vertreten? Das meines Erachtens Falsche dieser Ansicht ergibt sich schon daraus, daß, wenn man von dem Normalfall des § 276 BGB. ausgeht, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten sind, man gezwungen ist zu sagen, der Schuldner mache sich dann schadensersatzpflichtig, wenn die Unmöglichkeit vorsätzlich, wenn die Verzögerung fahrlässig sei. Das ist etwas, was kein Mensch versteht. Aber selbst, wenn man diese Fassung der Rechtslehre noch als eine ungenaue und laxe Ausdrucksweise passieren lassen wollte, so scheitert doch alles daran, daß Unmöglichkeit und Verzögerung eben Aussprüche von Tatsachen sind und keine Vertragsverletzungen. Es gibt schlechterdings keine vorsätzlichen oder fahrlässigen, kurz schuldhaften Vertragsverletzungen, die nicht Verletzungen einer Vertragspflicht sind. Es ist undenkbar, daß jemand schuldhaft, aber nicht rechtswidrig handelt[64]). Man kann nicht mit dem subjektivem Tatbestande des Verschuldens allein operieren, ohne zuvor zu untersuchen,

---

[64]) Leonhard, Verschulden bei Vertragsschluß S. 26.

welches objektiv rechtswidrige Verhalten verschuldet ist, d. h. welche Vertragspflicht der Schuldner schuldhaft verletzt hat.

Die Fragestellung hat also nicht im Sinne der von uns angegriffenen Lehre zu lauten, sondern, wenn feststeht, daß der Leistungserfolg unmöglich geworden oder verzögert worden ist, ob diese Tatsache die Folge einer vom Schuldner zu vertretenden Verletzung, d. h. Nichterfüllung, der sekundären Unterlassungspflicht ist oder nicht. Ist das der Fall, so hat der Schuldner bei Unmöglichkeit Schadensersatz wegen Nichterfüllung, bei Verzögerung, die dann vom Gesetz technisch Verzug genannt wird, Schadensersatz wegen Verzögerung zu leisten. Ist das richtig, so ergibt sich als unbedingt logische Schlußfolgerung, daß das Verschulden des Schuldners nicht im Augenblick der Nichterfüllung der Hauptpflicht begangen werden braucht, daß es vielmehr genügt, daß es schon vorher bei der Nichterfüllung der sekundären Unterlassungspflicht begangen worden ist. Der Schuldner haftet also für schuldlose Nichterfüllung, wenn er die Verwirklichung des Leistungserfolges früher durch schuldhafte Nichterfüllung der senkundären Unterlassungspflicht vereitelt hatte. Daraus folgt insbesondere: wenn der Schuldner bei Vornahme der vereitelnden Zuwiderhandlung nicht zurechnungsfähig war, es aber zur Zeit der Erfüllung wieder ist, so haftet er doch nicht auf Schadensersatz; war er in jenem ersten Zeitpunkt zurechnungsfähig, so ist er schadensersatzpflichtig, selbst wenn er zu der Zeit, da er erfüllen sollte, nicht zurechnungsfähig ist[65]). Das alles gilt gleichermaßen für einseitig (§§ 280 ff. BGB.) wie für gegenseitig (§§ 323 ff. BGB.) verpflichtende Verträge. Auf die Einzelheiten der Normen einzugehen, will ich mir versagen. Hier sollen nur die Grundlagen der Vertragshaftung gezeichnet werden.

b) Das beeinträchtigende Zuwiderhandeln.

Wir hatten oben gesehen, daß die Nichterfüllung der sekundären Unterlassungspflicht nicht immer zu einer Unmöglichkeit oder Erfüllungsverzögerung der Hauptleistung führt, sondern auch dazu führen kann, daß die Verwirklichung des Vertragszweckes beeinträchtigt wird. Die volle Verwirklichung des Vertragszweckes bedeutet Zuführung des geschuldeten Gutes in den Vermögensbereich des Gläubigers dergestalt, daß eine Vermehrung des Vermögens des Gläubigers um den Wert eben dieses ge-

[65]) Zitelmann, Nichterfüllung S. 274.

schuldeten Gutes eintritt. Damit ist gleichzeitig gesagt, daß durch die Erfüllung dem Gläubiger nicht ein anderweitiger Schaden an seinen sonstigen Vermögensgütern entstehen darf; sonst tritt eben keine völlige Verwirklichung des Vertragszweckes ein, diese wird vielmehr beeinträchtigt. Die Fälle, um die es sich hier handelt, sind die Fälle der sogenannten positiven Vertragsverletzungen.

Positive Vertragsverletzungen ist aber nur ein Sammelname für Dinge, die miteinander nicht mehr gemein haben als mit den gesetzlich anerkannten Fällen der Haftung wegen Unmöglichkeit und wegen Verzuges, nämlich eine Schädigung des Gläubigers durch eine vom Schuldner zu vertretende Verletzung einer Vertragspflicht. Bevor man die rechtspolitisch notwenige Haftung des Schuldners für positive Vertragsverletzungen zu begründen sucht, muß man sich klar sein, daß, wie oben bereits betont wurde, zunächst eine vertragliche Pflicht bestimmten Inhalts verletzt sein muß, damit die schadenstiftende Handlung auch rechtswidrig ist. Dagegen ist im allgemeinen bis jetzt in geradezu unverständlicher Weise verstoßen worden, indem man meint, die Haftung für positive Vertragsverletzungen als eine auf Verschulden gegründete Haftung ansehen zu können. Die Fehlerhaftigkeit dieser Ansicht liegt auf der Hand.

Die Vertragspflichten, die die Grundlage für die Haftung wegen positiver Vertragsverletzungen bilden, sind die Hilfsleistungspflichten. Auch hier soll dem Thema der Arbeit entsprechend im folgenden nur von der sekundären Unterlassungspflicht die Rede sein. Die Notwendigkeit der Verletzung einer Vertragspflicht ist eigentlich nur klar erkannt worden von Siber[66]). Dieser geht, wie an anderer Stelle bereits ausgeführt wurde, weniger in der Sache als in der Form mit uns auseinander. An die Stelle der Hilfsleistungspflichten, die er im Prinzip als Vorbereitungspflichten anerkennt, setzt er verschiedene Pflichten, so Erhaltungspflichten zur Erhaltung einer fremden Sache bzw. einer fremden Person in einem bestimmten Zustand und Vorbereitungspflichten zur Erhaltung einer eigenen Sache in bestimmtem Zustande. Ich kann mir eine Wiederholung meiner Gründe gegen Siber ersparen. Das Gekünstelte seiner Ansicht zeigt sich deutlich, wenn man die zur Begründung seiner Ansicht vorgetragenen Fälle betrachtet. So z. B. konstruiert er eine Pflicht des Droschkenkutschers zur Erhaltung der Person

[66]) Plancks Komm. Vorbem. I, 3 zu § 275.

des Fahrgastes in unversehrtem Zustande; der Lehrer schulde eine Pflicht zur Erhaltung der Schulkinder in unversehrtem Zustande; der Handwerker sei vorbereitend verpflichtet zur Erhaltung seines Werkzeuges, sofern die Verwendung schlechten Werkzeuges die Beschädigung der zu erhaltenden Sache des Bestellers beim Werkvertrage zur Folge haben könne. Sibers Ansicht ist zu viel Konstruktionsjurisprudenz.

Wir sagten, positive Vertragsverletzungen sei ein Sammelname für verschiedene Tatbestände von Vertragsverletzungen, die wenig miteinander gemein haben. Man begreift darunter insbesondere folgende Fälle[67]).

Mangelhafte Erfüllungshandlungen haben einen besonderen, durch die mangelhafte Erfüllung an sich nicht gegebenen, über das Erfüllungsinteresse des Gläubigers hinausgehenden Schaden verursacht, z. B. schuldhafte Leistung kranker Tiere, durch die der Viehbestand des Gläubigers infiziert wird; mottige Pelzwaren verseuchen den sonstigen Warenbestand des Gläubigers. In solchen Fällen hat die mangelhafte Erfüllungshandlung die volle Verwirklichung des Vertragszweckes in dem vorher skizzierten Sinne beeinträchtigt. Daß der Schuldner solche Zuwiderhandlungen zu unterlassen verpflichtet ist, ist unbestreitbar.

Bei einem Sukzessivlieferungsvertrage, z. B. dem Bierlieferungsvertrage, werden mehrfach mangelhafte Einzelleistungen geliefert. Der Schuldner muß seinen Vertragsverpflichtungen in jeder Weise tadellos nachkommen; tut er das nicht, so tut er damit etwas, was er unterlassen muß.

In einem Vertragsverhältnis, welches ein dauerndes Zusammenwirken und daher gutes Einvernehmen der Parteien erfordert, z. B. dem Dienstvertrag, benimmt sich eine Partei ungehörig und beleidigend gegenüber der anderen, so daß dieser ein Festhalten am Vertrage nicht mehr zumutbar ist. Durch solche Handlungen wird die völlige Verwirklichung des Vertragszweckes zweifellos beeinträchtigt.

Ein Schuldner erklärt bestimmt, er sage sich vom Vertrage los und werde nicht leisten. Dadurch wird eine Beunruhigung des Gläubigers erzeugt, die das Vertrauen zur Vertragstreue des Schuldners erschüttert und damit die ruhige Abwicklung des Geschäftes und die Verwirklichung des Vertragszweckes beeinträchtigt.

Näher will ich auf die Kasuistik der Fälle nicht eingehen; es sind dies jedenfalls die Haupt- und typischen Fälle. Überall

---

[67]) Enneccerus, Lehrbuch I, 2 § 278.

läßt sich feststellen, daß ihnen eine Verletzung der sekundären Unterlassungspflicht als Ursprung zugrunde liegt.

Daß die Haftung des Schuldners für die positiven Vertragsverletzungen nötig ist, wird kaum ernsthaft bestritten. Streit herrscht indes über die Begründung. Ich will das ganze Problem, das lange die Geister bewegt hat und endlich zur Ruhe gekommen zu sein scheint, nicht erneut aufrollen und mich mit den vertretenen Ansichten auseinandersetzen. Es sollen die einzelnen Versuche der Begründung nur kurz genannt werden.

Einige Autoren nehmen ohne weiteres eine Unmöglichkeit der Leistung an (Goldmann-Lilienthal), indem sie deduzieren, der Schuldner habe durch schuldhafte Schlechterfüllung sich eine Guterfüllung unmöglich gemacht. Diese Ansicht verkennt, daß das Gesetz die Unmöglichkeit nur als Ursache der Nichterfüllung, nicht als deren Folge kennt. Schöller[68]) meint, die Erfüllung der sekundären Unterlassungspflicht sei durch die Schlechterfüllung unmöglich geworden; daher regelten sich die Rechtsfolgen nach den Vorschriften über die Unmöglichkeit. Dieser Ansicht kann deshalb nicht beigetreten werden, weil die sekundäre Unterlassungspflicht kraft ihres unselbständigen Charakters nicht als Leistung oder Teilleistung im Sinne der §§ 275 ff. BGB. betrachtet werden kann.

Staub verwirft die Heranziehung des Unmöglichkeitsgedankens und glaubt, dafür die Verschriften über die Haftung wegen Verzuges der Ähnlichkeit der Rechtslage halber entsprechend verwerten zu können. Diese Ansicht, daß mit den positiven Vertragsverletzungen ein Verzug oder ein verzugsartiges Verhalten verbunden ist, trifft aber keinesweges immer zu.

Neuerdings wird von vielen, insbesondere vom Reichsgericht[69]) in ständiger Rechtsprechung, der Gedanke vertreten, daß in den Vorschriften des § 276 BGB. ein Haftungsgrund derart, daß jede schuldhafte Vertragsverletzung Schadensersatzansprüche erzeuge, verborgen liege. Dem muß entgegengehalten werden, daß § 276 BGB. allenfalls einen begriffsentwickelnden Rechtssatz enthält, jedenfalls keinen selbständigen, denn er begründet für sich genommen weder Rechte noch Pflichten.

Andere glauben (so Enneccerus, Oertmann) aus der Betrachtung der gesamten Haftungsvorschriften des Schuldrechtes den allgemeinen Satz ableiten zu sollen, daß die Regeln über

---

[68]) Nichterfüllung S. 26—27.
[69]) RG. 104 S. 276, 106 S. 25.

Unmöglichkeit und Verzug nicht die einzigen Ausnahmen von dem Grundprinzip der Ersatzfreiheit enthalten, sondern daß Grundsatz sei, daß jede schadenstiftende Vertragsverletzung ersatzpflichtig mache. Dieser Ansicht wird der Vorzug zu geben sein. Die weitere Frage ist dann, welche Regeln des Gesetzes entsprechend anzuwenden sind. Sie läßt sich meines Erachtens nur durch eine individualisierende Betrachtungsweise lösen. Je nachdem, ob die Sachlage der der Unmöglichkeit oder der des Verzuges ähnelt, wird man die in Betracht kommenden Normen analog anwenden, so daß also Schadensersatzansprüche bzw. Rücktrittsrechte zu gewähren sind. Die Einzelheiten mögen hier dahingestellt bleiben.

c) Das gefährdende Zuwiderhandeln.

Als dritte mögliche Einwirkung der Nichterfüllung der sekundären Unterlassungspflicht auf die Verwirklichung des Vertragszweckes (Bewirkung des Leistungserfolges) hatten wir das gefährdende Zuwiderhandeln erkannt. Welche Rechtsfolgen hat solches Zuwiderhandeln?

Das Problem ist, ob in diesen Fällen und unter welchen besonderen Voraussetzungen dem Gläubiger ein Anspruch auf Unterlassung eines solchen gefährdenden Tuns zusteht und ob der Gläubiger noch Rechte anderer Art zur Seite hat. Es handelt sich mit anderen Worten in erster Linie um die Frage der Unterlassungsklage zugunsten der Forderungsrechte. Um jedem Mißverständnis vorzubeugen, sei bemerkt, daß die Frage der Unterlassungsklage zugunsten absolut geschützter Rechtsgüter in den folgenden Erörterungen ausscheidet. Unerörtert in diesem Zusammenhange bleibt auch die Unterlassungsklage zugunsten der Forderungsrechte, soweit dasselbe auf ein selbständiges Unterlassen gerichtet ist. Denn mit dem negativen Forderungsrecht — mag es sich um eine primäre oder mag es sich um eine kombinierte Unterlassungspflicht handeln — ist nach § 241 BGB. dem Gläubiger ohne weiteres das Recht gegeben, von dem Schuldner die Unterlassung zu fordern. Diese Unterlassungsklagen sind auch denn allgemein anerkannt worden; sie sind Leistungsklagen wie jede andere.

Um eine Weitläufigkeit in der Darlegung des eigenen Standpunktes zu vermeiden, sollen zunächst die Meinungen zweier Schriftsteller, die eine allgemeine und unumschränkte Unterlassungsklage zugunsten der Forderungsrechte verfechten, behandelt werden.

Mit besonderer Entschiedenheit wird die Ansicht einer solchen allgemeinen Unterlassungsklage von Eltzbacher[70]) vertreten. Eltzbacher versucht die Unterlassungsklage im Wege der Analogie zu begründen, indem er in vereinzelten Bestimmungen des BGB., z. B. der §§ 550, 581 BGB., den Niederschlag eines allgemeinen Rechtssatzes sieht, daß zum Schutze der verschiedensten Forderungsrechte die Unterlassungsklage stattfindet, wenn der Verpflichtete ungeachtet einer Abmahnung des Berechtigten Handlungen vornimmt, durch die er sich die Leistung zum Teil unmöglich machen würde[71]). Er meint, es liege ohne Zweifel im Sinne des Gesetzbuches, daß die Unterlassungsklage, die wir bei allen Ausschließungsrechten für gegeben halten müßten (das ist sicher zutreffend) und die das Gesetz vereinzelt ausdrücklich gewähre, auch zum Schutze der Forderungsrechte allgemein stattfinde[72]). Veräußere z. B. der Verkäufer einer Bibliothek fortgesetzt Bücher daraus an Dritte, so könne sich der Käufer dadurch sichern, daß er auf Unterlassung klage. Diese Ansicht Eltzbachers ist mit Recht einhellig abgelehnt worden[73]), so daß sich meine Kritik kurz fassen kann. Das zitierte, von ihm gewählte Beispiel schlägt ihn selbst. Es zeigt, daß die Überspannung eines an sich vielleicht billigenswerten Gedankens dazu führen kann, die fundamentalsten Grundsätze des geltenden Rechts einfach über den Haufen zu werfen. Eltzbachers Lehre führt, mit dürren Worten gesagt, zu einer Gleichstellung des obligatorischen und des dinglichen Rechtes, deren Gegensatz gerade der Hauptgrundsatz des Rechtes des BGB. ist. Diese Lehre führt zu einer Erneuerung des im preußischen Recht geltenden, vom BGB. aber prinzipiell abgelehnten ius ad rem[74]). Die gerade für die dinglichen wie alle absoluten Rechte so charakteristische Eigenschaft, im Verletzungsfalle Unterlassungsansprüche zu erzeugen (z. B. §§ 12, 862, 1004, 1134 BGB.), wird von Eltzbacher ohne weiteres auf die obligatorischen Rechte übertragen. Vom rein logischen Standpunkt steht der Konstruktion natürlich kein

---

[70]) Eltzbacher, Die Unterlassungsklage.

[71]) Unterlassungsklage S. 179.

[72]) Unterlassungsklage S. 99.

[73]) Staudinger, Komm. Bem. 5d zu § 241; Oertmann, Komm. Bem. 2e zu § 241; Enneccerus, Lehrbuch I, 2 Anm. 24 zu § 465; Ulrich, Unterlassungsanspruch S. 19ff.; Béranger, Unterlassungsklagen S. 121ff., 132.

[74]) Es muß allerdings bemerkt werden, daß sich in der neueren Judikatur des Reichsgerichts (RG. 108 S. 58) das Bestreben geltend macht, für gewisse Tatbetände auf dem Umwege über § 826 BGB. das ius ad rem wieder einzuführen.

Bedenken entgegen, und Liszt[75]) hält de lege ferenda sogar eine Gleichstellung der Folgen der Verletzungen obligatorischer und dinglicher Rechte für wünschenswert. Allein für unser geltendes Recht kann Eltzbachers Ansicht nicht beigetreten werden; nicht zu vergessen, daß die Anerkennung der Unterlassungsklage in diesem weiten Umfange praktisch unmöglich wäre, da sie zu einer gefährlichen Einschränkung der privaten Freiheit führen müßte, jeder Schikane Tor und Tür öffnen würde und in einer Zeit, in der man den Vorrang der Persönlichkeit vor den toten Sachgütern verkündet, zu einer befremdlichen, ja kulturfeindlichen Rechtsprechung führen müßte.

Eine ähnliche allgemeine Unterlassungsklage zugunsten der Forderungsrechte will Hellwig[75a]) dem Gläubiger aus § 259 ZPO. gewähren. Ihm haben sich angeschlossen Wendt[76]), Seuffert[77]) und Mannhardt[78]). Hellwig argumentiert so: Wenn § 259 ZPO. bestimme, daß Klage auf künftige Leistung erhoben werden könne, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt sei, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, so sei nicht einzusehen, warum dieser Vorschrift nicht der allgemeine Leistungsbegriff des § 241 BGB., der auch das Unterlassen umfasse, zugrunde liege; die allgemeine Unterlassungsklage ergebe sich demnach aus § 259 ZPO.; die Einzelbestimmungen des BGB., in denen Unterlassungsklagen statuiert seien, seien eben durch die spätere Vorschrift der ZPO. gegenstandslos geworden. Diese Theorie, so bestechend sie auf den ersten Blick aussieht, kann nicht für richtig gehalten werden. Hellwig verkennt nicht, daß Voraussetzung jedes Unterlassungsanspruches eine Unterlassungspflicht ist. Es ist aber immerhin gefährlich, wenn man die sekundäre Unterlassungspflicht, die keine selbständige Vertragspflicht ist, zum Gegenstand eines Anspruches machen will. Das könnte bei der allgemeinen Fassung des § 259 ZPO. nur durch besondere anspruchsverleihende Normen des materiellen Rechtes gerechtfertigt werden. Aber auch unter Hintansetzung dieser Bedenken erheben sich gewichtige Gründe gegen Hellwig. Nicht anzuerkennen ist, daß, wie Flad[79]) und Stadie[80]) meinen, der § 259 ZPO. sich nur auf positive

[75]) Deliktsobligationen S. 10.
[75a]) Anspruch und Klagerecht S. 395, 396; Lehrbuch S. 373.
[76]) Unterlassungen S. 85 ff.
[77]) ZPO.-Komm Bem. 2 zu § 259.
[78]) DJZ 1903 S. 416 ff.
[79]) Dogm. Jahrb. 70 S. 351.
[80]) Unterlassungsklage S. 40—42.

Leistungen beziehe. Er spricht einfach von der „Klage auf zukünftige Leistung", worunter nach der Terminologie der Gesetze das Unterlassen mitverstanden werden muß[81]). Um Hellwigs Begründung richtig beurteilen zu können, muß man vor allem den Sinn des § 259 ZPO. zu erkennen suchen. Wie sich aus dem Zusammenhang mit den §§ 257, 258 ZPO. ergibt, ist die Klage auf künftige Leistung im Sinne dieser Bestimmungen nur eine Vorwegnahme der Klage auf fällige Leistung, die dann gerechtfertigt ist, wenn die nach Fälligkeit des Anspruches erhobene Klage voraussichtlich das Ziel der Verwirklichung verfehlen würde. Dagegen soll, wenn man richtig sieht, die Unterlassungsklage nicht die rechtzeitige Vollstreckung, sondern die Erfüllung sichern, indem für den Fall des Zuwiderhandelns Strafe angedroht wird. Sie ist zwar genau so wie die auf § 259 ZPO. gestützte Klage vorsorglich, aber so, daß sie der zukünftigen Rechtsverletzung vorbeugen, nicht so, daß sie eine solche rechtzeitig ausgleichen möchte. Weil die Klage aus § 259 ZPO. nur eine Vorwegnahme der Klage auf die fällige Leistung ist, setzt dessen Bestimmung auch die Möglichkeit der Klage auf die fällige Leistung voraus. Nun ist dem Unterlassungsanspruch aber eigentümlich, daß auf Grund seiner überhaupt nicht geklagt werden kann, um die fällige Leistung zu erzwingen. Ist sie fällig, so ist sie erfüllt oder unerfüllbar geworden, so daß also nur die Klage auf künftige Leistung denkbar bleibt. Die Unterlassungsklage kann daher nicht auf § 259 ZPO. gestützt werden. Die Bestimmungen des BGB. über die Unterlassungsklagen sind nicht überflüssig und gegenstandslos, sondern sind die zur Verleihung von Unterlassungsansprüchen notwendigen Normen[82]). Man muß also sagen, daß Hellwigs Versuch fehlgeschlagen ist.

Auf einem gegenteiligen, einen Unterlassungsanspruch prinzipiell leugnenden Standpunkt steht Hölder[83]). Er greift den Leistungsbegriff der §§ 194, 241 BGB. als verfehlt an und will an Stelle der Scheidung zwischen Ansprüchen auf ein Tun und ein Unterlassen die zwischen dem Recht auf Änderung und auf Erhaltung eines bestehenden Zustandes setzen. Er geht bei der Begründung davon aus, daß niemals ein Tun oder Unterlassen ganz rein und unvermischt geschuldet werde. Wer die Änderung eines Zustandes schulde — so meint er —, z. B. Rückgabe eines

[81]) Enneccerus, Lehrbuch I, 2 Anm. 25 zu § 465.
[82]) Eltzbacher, Unterlassungsklage S. 85—90; v. Blume, Unterlassungsanspruch S. 397; Lehmann, Unterlassungspflicht S. 94.
[83]) Komm. Anm. 2 zu § 194.

geliehenen Buches, schulde auch bis zum Eintritt der Änderung die Erhaltung des Zustandes als eines der Änderung fähigen. Diese Erhaltungspflicht sei aber nicht ausschließlich Unterlassungspflicht, sondern umfasse auch die Pflicht zur positiven Fürsorge. Ein klarer Gegensatz ergebe sich mithin nur, wenn man die Verpflichtung zur Änderung eines bestehenden Zustandes der zur Erhaltung eines solchen gegenüberstelle. Als Anspruch könne aber die Rechtsstellung des Begünstigten nur dann bezeichnet werden, wenn ein Recht auf Änderung eines zur Zeit bestehenden Zustandes gegeben sei. Ein solches Recht sei schon durch seine Existenz unbefriedigt und befriedigungsbedürftig und berechtige daher zur Leistungsklage. Anders sei das Recht auf Erhaltung eines Zustandes kein durch seine Existenz unbefriedigtes, da durch den Wegfall des bestehenden Zustandes nicht seine Eigenschaft als eines befriedigten bedingt, sondern sein Wegfall gegeben sei. An die Stelle des Rechtes auf Erhaltung trete dann ein Recht auf Ersatz. Dieses Recht auf Ersatz sei aber wieder auf Änderung des bisherigen Zustandes gerichtet. Das Recht auf Erhaltung, d. h. auf Unterlassung, trage somit keine Anspruchseigenschaft, sondern sei nur im Wege der Feststellungsklage verfolgbar.

Gegen diese Meinung erheben sich gewichtige theoretische wie praktische Bedenken. Sie weist den Nachteil auf, daß sie begrifflich Zusammengehöriges zerreißt. Sie übersieht, daß die Pflicht zur Erhaltung — um bei seiner Terminologie zu bleiben — nichts anderes als die Kehrseite der Pflicht zur Änderung ist. Hölder trägt dem Umstand keine Rechnung, daß die sekundäre Unterlassungspflicht keine selbständige Pflicht, keine Leistung ist. Es geht nicht an, jede Verpflichtung zum Tun als Gegenstand eines Rechtes auf Änderung und eines Rechtes auf Erhaltung des Zustandes als eines der Änderung fähigen aufzufassen. Das rügt auch Lehmann mit Recht[84]). Nach Hölder ist die Klage auf Unterlassung (Erhaltung) Feststellungsklage. Ein obsiegendes Urteil wird also nie vollstreckbar. Was hat dann das ganze Urteil für den Kläger für einen Zweck, wenn er trotz des Urteils dem Beklagten machtlos gegenübersteht. Nein, diese Konsequenz ist praktisch unannehmbar. Hölders Ansicht ist daher abzulehnen.

Der Darlegung und Bekämpfung der weiter vertretenen Anschauungen soll die eigene Meinung vorausgeschickt werden, da,

[84]) Unterlassungspflicht S. 97 ff.

wie sich später ergeben wird, die eigene Ansicht mit der der noch zu besprechenden Gegner in einer gewissen Beziehung konform geht.

Um zu einem praktisch brauchbaren und dem Gesetz entsprechenden Resultat in der Beantwortung des Problems zu gelangen, wird sich empfehlen, zunächst die im Gesetz festgelegten Fälle einer Unterlassungsklage zugunsten der Forderungsrechte aufzusuchen, sie auf die ihnen gemeinsamen Voraussetzungen zu untersuchen, und das Ergebnis im Wege vorsichtiger Analogiebildung auf gleichliegende Rechtsverhältnisse auszudehnen. In drei Fällen ordnet das Gesetz unter gleichen Voraussetzungen eine Unterlassungsklage an. Nach § 550 BGB. kann der Vermieter auf Unterlassung klagen, wenn der Mieter die Mietsache trotz Abmahnung wiederholt vertragswidrig gebraucht. Dieselbe Unterlassungsklage steht gemäß § 581 BGB. dem Verpächter gegen den Pächter zu. Nach § 1053 BGB. kann beim Nießbrauch der Eigentümer gegen den Nießbraucher auf Unterlassung klagen, falls dieser einen unbefugten Gebrauch von der Sache macht und ihn trotz Abmahnung fortsetzt. Nicht in Betracht zu ziehen ist hier die unter bestimmten Kautelen dem Mieter gemäß § 577 BGB. gegen einen Dritten zustehende Unterlassungsklage; darin ist vielmehr eine gewisse dingliche Wirkung des Rechtes des Mieters zu erblicken. Die Unterlassungsklage aus § 1053 BGB. kann unbedenklich in den Kreis unserer Betrachtungen gezogen werden. In ihr ist nicht, wie manche meinen[85]), ein dinglicher Rechtsbehelf zum Schutze des Eigentums an dem Nießbrauchsgegenstand zu sehen. Die Klage hat vielmehr schuldrechtlichen Charakter, sie folgt aus dem mit der Entstehung des dinglichen Rechtes zugleich begründeten obligatorischen Verhältnis zwischen dem Nießbraucher und jeweiligen Eigentümer der Sache. Daß ein solches obligatorisches Verhältnis besteht, folgt hinreichend deutlich aus den mannigfachen gesetzlichen Bestimmungen über das Verhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher, vgl. §§ 1041—1047, 1049, 1050, 1055, 1057 BGB. Will man diese Bestimmungen, die eine Unterlassungsklage geben, analog auf andere Rechtsverhältnisse anwenden, muß man sich zunächst darüber klar sein, was eigentlich unter Analogie zu verstehen ist. Gemeinhin wird gesagt, es wäre der Geist des Gesetzes zu erforschen. Das ist völlig

[85]) Hoche, Unterlassungsanspruch S. 86; Stephan, Unterlassungsklage S. 137.

nichtssagend; der Geist des Gesetzes ist auch einer der Geister, die ihren Beschwörern selten zu erscheinen pflegen. Analogie heißt Anlehnung und bedeutet Erstrecken eines im Gesetz zutage getretenen Gedankens, der für eine Reihe von Fällen ausdrücklich ausgesprochen worden ist, auf Fälle, die von ihm dem Wortsinn nach nicht umfaßt werden. Vorausgesetzt wird die Feststellung, daß die gattungsmäßige Interessenlage eines Falles, der von der zu erstreckenden Regel nicht erfaßt wird, mit dem Tatbestand dieser Regel die Stücke gemeinsam hat, die für die Anknüpfung der Wirkungen wesentlich sind[86]). Welches sind nun in unseren Fällen der §§ 550, 581, 1053 BGB. die Stücke, die dem Gesetz so wesentlich erschienen, um unter bestimmten Voraussetzungen eine Unterlassungsklage zu gewähren? Zunächst leuchtet ein, daß alle drei Rechtsverhältnisse, Miete, Pacht und Nießbrauch, sich nicht in einer einmaligen Handlung erschöpfen, sondern auf die Dauer angelegt sind. Es sind Dauerverhältnisse. Wesentlicher als diese Tatsache für die Gewährung der Unterlassungsklage erscheint dem Gesetz aber zweifellos die andere Tatsache, daß die vertragswidrigen Handlungen des Unterlassungsverpflichteten sich gegen eine kraft des Rechtsverhältnisses in seinem unmittelbaren Besitz befindliche, nicht ihm, sondern einem anderen gehörige Sache richten, hinsichtlich deren der Berechtigte mittelbarer Besitzer ist (§ 868 BGB.). Vermieter, Verpächter und Eigentümer beim Nießbrauch haben dann den Unterlassungsanspruch, wenn der Mieter, Pächter bzw. Nießbraucher einen vertragswidrigen Gebrauch von dem Miet-, Pacht- bzw. Nießbrauchsgegenstand machen; in allen Fällen sind diese unmittelbare Besitzer, jene mittelbare Besitzer des Gegenstandes. Zweck der in Rede stehenden Bestimmungen kann also nur sein, den mittelbaren Besitzer in die Lage zu setzen, gefährdende Einwirkungen seitens des unmittelbaren Besitzers auf die Sache zu unterbinden, damit sie ihm nach Beendigung des Vertragsverhältnisses in unversehrtem Zustande zurückgewährt werden kann. Es liegt also als zweites wesentliches Merkmal für die Gewährung der Unterlassungsklage eine Besitzverschiebung vor. Zusammenfassend läßt sich demnach sagen: Bei Dauerverhältnissen mit Besitzverschiebung, d. h. bei auf die Dauer angelegten Rechtsverhältnissen, kraft deren der eine Teil unmittelbarer Besitzer einer im mittelbaren Besitz des anderen Teils stehenden Sache

[86]) Lehmann, Allgem. Teil § 8 III, 3.

ist, kann der unmittelbare Besitzer, wenn er einer Abmahnung ungeachtet einen seine Rückgabepflicht gefährdenden Gebrauch der Sache macht, zur Unterlassung solchen gefährdenden Tuns im Wege der Klage angehalten werden.

In einem ähnlichen Sinne erkennt auch Siber[86a]) eine Unterlassungsklage zugunsten des obligatorisch auf Rückgabe Berechtigten an.

Wie schon angedeutet wurde, ist die Bezeichnung „gefährdender Gebrauch" im weitesten Sinne zu verstehen. In erster Linie sind gemeint Eingriffe in die Substanz, direkte Beschädigungen, soweit sie nicht im einzelnen Falle nach dem Gesetz oder nach Treu und Glauben gestattet sind wie z. B. Neutapezierung der gemieteten Wohnung durch den Mieter. In zweiter Linie sind darunter aber auch zu fassen jede Behandlung oder Benutzung der Sache und jedes Verhalten des unmittelbaren Besitzers, die geeignet sind, den Wert der Sache zu mindern. Der Mieter von Büroräumen richtet z. B. in denselben einen Fabrikbetrieb ein; der Mieter einer Wohnung nimmt Dirnen zur Ausübung ihres Gewerbes bei sich auf. Daß in solchen Fällen eine gewisse Gefahr der Wertminderung besteht, indem nämlich andere Mieter des Hauses wegen der mit einem Fabrikbetrieb verbundenen Belästigungen bzw. wegen Anstoßnehmens an dem unsittlichen Gewerbe der Dirnen kündigen können und der Vermieter diese anderen Wohnungen nur zu einem niedrigeren Mietzins anderweitig vermieten kann, leuchtet ohne weiteres ein; die Räume sind eben entwertet. Der Mieter würde bei Beendigung des Mietverhältnisses die Mietsache nicht in einem für den Vermieter gleichwertigen Zustande zurückgewähren können.

Keine Voraussetzung der Unterlassungsklage in den §§ 550, 581, 1053 BGB. ist ein schuldhaft gefährdendes Handeln. Die fraglichen Bestimmungen sprechen von einem „vertragswidrigen" bzw. „unbefugten" Gebrauch. „Unbefugt" bedeutet dasselbe wie „vertragswidrig". Beides besagt ebensowenig wie „rechtswidrig" und „gesetzeswidrig", daß das Verhalten auch ein schuldhaftes sein muß. Es genügt ein objektiv gefährdendes Zuwiderhandeln. Dies ist auch die überwiegend vertretene Ansicht[87]).

Die Unterlassungsklage ist grundsätzlich erst nach einer erfolglosen Abmahnung zulässig. Der gesetzgeberische Grund

[86a]) Rechtszwang S. 110.

[87]) Planck, Komm. Bem. 2a zu § 550; Oertmann, Komm. Bem. 2 zu § 550. And. A. Staudinger, Komm. Bem. B II, 1a zu § 550.

ist der, daß nicht wegen jeder geringfügigen, leicht abzustellenden Vertragswidrigkeit geklagt werden soll. Die Abmahnung ist aber meines Erachtens überflüssig, wenn der zur Unterlassung Verpflichtete bewußt dolos handelt. In einem solchen Falle wird sein Verhalten gleichzeitig stets eine nach §§ 823 oder 826 BGB. zum Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung sein. Hier wäre es nicht zu begreifen, und würde eine Erschwerung der Rechte des anderen Teils bedeuten, wenn man eine vorgängige Abmahnung verlangen wollte. Es müssen hier dieselben Gedankengänge Geltung haben, die beim Verzuge nach § 326 BGB. dazu geführt haben, im Falle einer ernstlichen Erfüllungsverweigerung die Fristsetzung für entbehrlich anzusehen. Das Recht ist nicht dazu da, dem Gläubiger etwas Sinn- und Zweckloses, wie es die Abmahnung in einem solchen Falle wäre, zuzumuten. Es wäre im höchsten Grade formalistisch, erst noch eine Abmahnung vor Klageerhebung zu verlangen, wenn der Schuldner bewußt und bösgläubig darauf ausgeht, vertragswidrig zu handeln. Ich kann also den oben aufgestellten Satz dahin ergänzen: Eine Abmahnung ist nicht erforderlich, wenn der Schuldner bewußt und bösgläubig die gefährdenden Handlungen vornimmt[88]).

Der Ausgangspunkt unserer Ansicht war, daß die in den zitierten Gesetzesvorschriften anerkannte Unterlassungspflicht die sekundäre ist. Das ist bestritten worden. Lehmann[89]), dem sich Ulrich[90]) anschließt, meint, es handle sich in diesen Vorschriften um eine selbständige Unterlassungspflicht, da im Falle ihrer Verletzung ausdrücklich eine Unterlassungsklage gewährt sei. Damit sei die Pflicht ihres unselbständigen Charakters entkleidet und in den Rang einer selbständigen erhoben, obwohl nicht zu verkennen sei, daß rechtssystematisch die Pflicht eine sekundäre Unterlassungspflicht sei. Dem kann ich mich nicht anschließen. Wenn die Pflicht rechtssystematisch eine sekundäre Unterlassungspflicht ist, so bleibt sie es, mag auch das Gesetz sie in besonderen Fällen als klagbare ausgestalten. Gerade das spricht eigentlich dagegen. Der Gedanke des Gesetzes ist doch der: die sekundäre Unterlassungspflicht ist nicht im Wege des Rechtszwanges durchsetzbar, in einigen Fällen, so bei der Miete und Pacht, ist es aber rechtspolitisch erwünscht, eine Unter-

[88]) Vgl. Hoche, Unterlassungsanspruch S. 89: im Ergebnis richtig auch die Entscheidung des OLG. Kiel in SeuffArch. 48 Nr. 178.

[89]) Unterlassungspflicht S. 11.

[90]) Unterlassungsanspruch S. 29.

lassungsklage zu gewähren; infolgedessen wird sie besonders normiert. Daß dadurch der Charakter der Pflicht eine Änderung erfahren haben sollte, ist schwer einzusehen.

Es handelt sich nun in Fortführung der aufgeworfenen Frage darum, diejenigen Rechtsverhältnisse festzustellen, bei denen die gleiche Interessenlage vorliegt wie bei denen, in welchen das Gesetz ausdrücklich die Unterlassungsklage gewährt hat.

Ein solches Dauerverhältnis mit Besitzverschiebung ist die Leihe (§ 598 BGB.). In diesem Rechtsinstitut ist in § 603 BGB. die sekundäre Unterlassungspflicht dahin anerkannt, daß dem Entleiher untersagt ist, von der entliehenen Sache einen anderen als den vertragsgemäßen Gebrauch zu machen. Nach unseren Ausführungen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß bei der Leihe die Unterlassungsklage zu gewähren ist. So auch die überwiegende Meinung[91]). Anderer Meinung sind Lehmann[92]) und mit ihm Ulrich[93]), die wegen der unselbständigen Natur der sekundären Unterlassungspflicht die Unterlassungsklage ablehnen und der Ansicht sind, es liege für eine solche Klage auch keinerlei Bedürfnis vor, da im Falle eines vertragswidrigen Gebrauches der entliehenen Sache durch den Entleiher das Gesetz in § 605 Ziff. 2 BGB. dem Verleiher ein sofortiges Kündigungsrecht gebe. Wir bejahen die Unterlassungsklage auf Grund unseres Analogieschlusses. Dadurch können wir allerdings nichts für unsere Ansicht beweisen, denn Analogieschlüsse sind niemals logisch als notwendig beweisbar, sie sind nicht richtig oder unrichtig, sondern nur zweckmäßig oder unzweckmäßig. Hier wäre es allerdings dann unzweckmäßig, sich für eine Unterlassungsklage auszusprechen, wenn wegen der jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit kein Bedürfnis dafür bestände. Ein solches Bedürfnis ist aber durchaus vorhanden. Es sind Fälle denkbar, in denen das Interesse des Verleihers am Stehenbleiben beim Vertrage und Geltendmachen der Unterlassungsklage größer ist als das an der Kündigung, z. B. ein Maler leiht einer Künstlervereinigung ein Gemälde, damit diese es auf der von ihr veranstalteten Ausstellung aushänge. Es ist nicht zu verkennen, daß in diesem Falle das Interesse des Malers größer ist daran, daß sein Bild

---

[91]) Oertmann, Komm. Bem. 1a zu § 603; Planck, Komm. Bem. 1a zu § 603; Standinger, Komm. Bem. 1, 3b zu § 603; Hoche, Unterlassungsanspruch S. 88.

[92]) Unterlassungspflicht S. 90.

[93]) Unterlassungsanspruch S. 32.

auf der Ausstellung bleibt, als daß er es zurückfordern kann[94]). Zwischen Miete und Leihe besteht auch, abgesehen vom Moment der Entgeltlichkeit, keinerlei innerer Unterschied, der eine Verschiedenheit in der Behandlung rechtfertigen könnte.

In Betracht kommt weiter die Verwahrung (§ 688 BGB.). Auch hier ist dieselbe Interessenlage (Dauerverhältnis mit Besitzverschiebung) gegeben, so daß dem Hinterleger eine Unterlassungsklage gegen den Verwahrer zuzuerkennen ist, wenn dieser durch Verletzung der sekundären Unterlassungspflicht seine Leistungspflicht gefährdet, z. B. der Verwahrer die hinterlegte Sache an einen Dritten verkaufen will[95]). Allerdings dürfte diese Unterlassungsklage wenig praktische Bedeutung haben wegen des in § 695 BGB. statuierten jederzeitigen Rückforderungsrechtes und Fälle eines besonderen Interesses am Fortbestehen des Verwahrungsvertrages kaum denkbar sind.

Schließlich ist die Unterlassungsklage dem Verpfänder beim Pfandrecht zu gewähren, wenn der Pfandgläubiger durch Zuwiderhandlungen gegen die sekundäre Unterlassungspflicht die Rückgabe des Pfandes gefährdet. Durch den Verpfändungsvertrag wird ein Schuldverhältnis zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger begründet, kraft dessen der Pfandgläubiger zur Rückgabe des Pfandgegenstandes nach Erlöschen des Pfandrechtes verpflichtet ist (§ 1223 BGB.)[96]). Ein Dauerverhältnis mit Besitzverschiebung liegt auch in diesem Falle vor. Die Unterlassungsklage ist gegeben. Sie hat auch Anerkennung gefunden[97])

Die Unterlassungsklage wird auch beim Werkvertrag unter den Voraussetzungen eines Dauerverhältnisses mit Besitzverschiebung zu gewähren sein, dann nämlich, wenn das Schuldverhältnis von längerer Dauer ist und die Veränderung oder Bearbeitung einer Sache des Bestellers zum Gegenstande hat, z. B. eine längere Zeit in Anspruch nehmende Reparatur einer dem Besteller gehörenden Maschine[97a]).

Damit sind alle Rechtsverhältnisse des BGB., in denen die skizzierte Unterlassungsklage denkbar ist, erschöpft. In anderen Rechtsverhältnissen sind andere Interessenlagen maßgebend. Aus dem Handelsrecht ist hier noch der Verkaufskommissionär zu

---

[94] Vgl. Jacobsohn, Unterlassungsklage S. 27.

[95]) Ebenso Hoche, Unterlassungsanspruch S. 88.

[96]) RG. 74 S. 154.

[97]) Planck, Komm. Bem. 2b zu § 1217; Jacobsohn, Unterlassungsklage S. 132ff.; Hoche, Unterlassungsanspruch S. 88.

[97a]) Weitergehend Hoche, Unterlassungsanspruch S. 88.

nennen, gegen den dem Kommittenten eine Unterlassungsklage dann zusteht, wenn der Kommissionär einen gefährdenden Gebrauch mit den ihm übergebenen Sachen macht.

Zusammenfassend für alle Fälle, in denen wir die Unterlassungsklage anerkennen, gilt der gefundene Grundsatz, daß die Klage abgesehen vom Falle der bewußten Bösgläubigkeit nur nach vorheriger erfolgloser Abmahnung zulässig ist.

Eine erheblich weitergehende Auffassung als die hier vorgetragene wird von Hoche[98]) vertreten. Dieser will eine Unterlassungsklage analog den §§ 550, 1053 BGB. in allen gegenseitigen Verträgen, durch die ein für eine gewisse Dauer bestehender Zustand geschaffen wird, anerkannt wissen, z. B. außer in den bereits genannten Schuldverhältnissen beim Dienstvertrag, der Gemeinschaft, Gesellschaft, Werkvertrag, Mäklervertrag, Auftrag und der Miterbengemeinschaft, wenn es sich um ein Dauerverhältnis und nicht nur um die Vornahme einer einmaligen Handlung handelt. Hoches Meinung geht über den durch die Analogie gebotenen Rahmen hinaus. Jede Analogie hat ihre Grenzen, und es ist keineswegs angängig, ein so allgemeines, fast bei allen Rechtsverhältnissen denkbares Moment wie die Zeitdauer zu dem Kriterium zu machen, das dem Gesetz in den §§ 550, 1053 BGB. für die Gewährung der Unterlassungsklage wesentlich schien. Ein solcher Gebrauch der Analogie, der eine Gesetzesregel auf alle möglichen, keineswegs mehr ähnlichen Rechtsverhältnisse anwendet, muß dilettantisch genannt werden. In konsequenter Fortführung seines Gedankens müßte Hoche dazu kommen, bei der Ehe, die doch ein Rechtsverhältnis ist, das einen für eine gewisse Dauer bestehenden Zustand schaffen will, dem einen Ehegatten eine Klage auf Unterlassung aller die eheliche Lebensgemeinschaft gefährdenden Handlungen, z. B. des Zankens, gegen den anderen Ehegatten geben. Meint Hoche, daß sich ein Richter finden würde, der einen Ehegatten unter Strafandrohung verurteilen würde, alles Zanken und Streiten zu unterlassen? Nach dem Gesagten schon liegt das Unhaltbare der Hocheschen Ansicht auf der Hand. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb dem Besteller beim Werkvertrag, der sich über eine gewisse Dauer erstreckt, gegen den Unternehmer eine Unterlassungsklage zustehen soll, hingegen nicht, wenn sich die Verpflichtung des Unternehmers auf die Vornahme einer einmaligen Handlung beschränkt. Es kommt vielmehr darauf an,

[98]) Hoche, Unterlassungsanspruch S. 88.

ob der Unternehmer kraft des Vertrages unmittelbarer Besitzer einer im mittelbaren Besitz des Bestellers stehenden Sache ist. Einer Sonderbehandlung bedarf die von Hoche befürwortete Unterlassungsklage beim Dienstvertrag. Die Frage ist mit anderen Worten, ob der Dienstberechtigte gegen den Dienstverpflichteten einen klagbaren Anspruch darauf hat, daß dieser während seiner Dienstzeit Dienste bei einem Dritten unterlasse. Kann z. B. der Theaterunternehmer von dem Schauspieler, der unter Bruch des Vertrages bei einer anderen Bühne ein Engagement eingegangen ist, verlangen, daß dieser sein Auftreten bei der anderen Bühne unterlasse? Die Antwort kann nur verneinend lauten. Das folgt nicht nur aus unserer Ansicht, sondern überdies auch aus anderen Erwägungen. Der Dienstberechtigte hat zwar auf Grund des Vertrages nach § 611 BGB. einen klagbaren Anspruch darauf, daß der Dienstverpflichtete die vereinbarten Dienste leistet; aber ein dahingehendes Urteil kann nach § 888 Abs. 2 ZPO. nicht im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden, weil das Gesetz es als unsittlich ansieht, jemanden wider seinen Willen zur Leistung bestimmter Dienste zu zwingen. Bei dieser ratio legis ist es undenkbar, daß das Gesetz einen vollstreckbaren Anspruch auf Unterlassung der Dienste bei anderen zuließe. Wenn ich niemanden zwingen kann, die vereinbarten Dienste bei mir zu leisten, kann ich auch niemanden zwingen, die anderen geschuldeten Dienste zu unterlassen. Eine Rechtsprechung, die eine solche Unterlassungsklage zulassen würde, müßte im höchsten Grade kulturwidrig wirken, da sie dazu führen würde, ein Verfügungsrecht über die Freiheit anderer Personen zu gewähren. Daß das nicht sein kann, leuchtet ohne weiteres ein. Das ist auch mit Recht der Standpunkt des Reichsgerichts[99]). Aus diesen Beispielen, die sich beliebig vermehren lassen, folgt zur Genüge, daß Hoches Ansicht unhaltbar ist.

Oertmann hält die sekundäre Unterlassungspflicht für klagbar[100]); in welchem Umfange aber und aus welchen Gründen, verschweigt er. Seine Ansicht entzieht sich daher der Diskussion. In dem von ihm gewählten Beispiel, daß ein Briefmarkenhändler vom Kunden, der begonnen habe, eine Reihe der ihm auf Bestellung vorgelegten Ansichtssendungen uneingeschrieben zurückzusenden, Unterlassung solchen gefährdenden Tuns verlangen

---

[99]) RG. 72 S. 393; ebenso Fuchs in JW. 1908 S. 700. And. A. RG. 67 S. 3; Böhm in JW. 1909 S. 9; Holländer ebenda S. 93.

[100]) Komm. Bem. 4 c β zu § 241.

könne, auch wenn noch kein Verlust eingetreten sei, ist die Unterlassungsklage zu Recht gewährt. Sie ergibt sich aus dem Gesichtspunkt des Verwahrungsvertrages und ist, von dem Falle bewußter Bösgläubigkeit des Kunden abgesehen, von einer vorgängigen erfolglosen Abmahnung abhängig zu machen.

Im Ergebnis in ungefähr demselben Umfange wie Hoche will auch Jacobsohn[101]) die Unterlassungsklage zugunsten der Forderungsrechte anerkannt wissen. Nach ihm soll die Klage dann gegeben sein, wenn es sich um ein gegenseitiges Schuldverhältnis handelt und dem Gegner desjenigen, der diesem zu einer Dauerunterlassung verpflichtet ist, eine auf Entwicklung angelegte Verpflichtung zum Tun auferlegt ist. Er kommt zu dieser Ansicht auf folgendem Wege. Eine Dauerunterlassungspflicht in einem durch positive Handlungen zu erfüllenden Schuldverhältnis müsse stets einem Interesse des Gegenkontrahenten dienen. Bei einseitigen Schuldverhältnissen, bei denen für den Gegenkontrahenten nur ein Interesse, das Recht auf Leistung, bestehe, würde die Annahme einer Dauerunterlassungspflicht als einer diesem Recht auf Leistung dienenden Pflicht zur Annahme des ius ad rem führen müssen und sei infolgedessen bei diesen nicht vorhanden. Anders sei es bei gegenseitigen Schuldverhältnissen. Hier bestehe für den Gegner des Dauerunterlassungspflichtigen nicht nur ein Interesse, das Recht auf Leistung, sondern ein weiteres gemäß der gegenseitigen Natur, nämlich die Pflicht zur Gegenleistung. Entspreche nun diese Verpflichtung der Eigenart der Dauerunterlassungspflicht, was dann der Fall sei, wenn „sie auf Entwicklung angelegt sei", d. h. sich nicht in einem Augenblick erschöpfe, dann stehe der Annahme einer Dauerunterlassungspflicht um dieser gegnerischen Pflicht zum Tun willen nichts im Wege.

Jacobsohn ist bereits von Ulrich[102]) mit guten Gründen widerlegt worden, so daß ich mich dem im wesentlichen anschließen kann. Es ist zunächst nicht einzusehen und muß in Abrede gestellt werden, daß bei einseitigen Schuldverhältnissen der Schuldner nicht sekundär zur Unterlassung verpflichtet sei. Wollte man Jacobsohn darin folgen, so würde man das gläubigerische Recht zu einem inhaltlosen Nichts zusammenschrumpfen lassen. Bei den gegenseitigen Schuldverhältnissen ist es unklar, inwiefern die Dauerunterlassungspflicht der Pflicht

[101]) Unterlassungsklage S. 22 ff.
[102]) Unterlassungsanspruch S. 22 ff.

des Gegners zur Gegenleistung dienen soll. Wenn Jacobsohn darunter verstehen will, daß sie die Pflicht des Gegners schützen soll, so würde das voraussetzen, daß die zu unterlassende Handlung auf die Pflicht zur Gegenleistung irgendwie einwirken würde. Es ist aber schlechterdings nicht denkbar, daß die Pflicht eines Menschen durch jemand anders als ihn selbst verletzt werden kann. Erscheint sonach schon Jacobsohns ganze Theorie sehr gekünstelt, so wird ihre ganze Willkürlichkeit offenbar, wenn man sieht, in welcher Weise er angeblich auf Entwicklung angelegte positive Pflichten mit einer Dauerunterlassungspflicht verknüpft. So z. B. besteht nach seiner Ansicht beim Dienstvertrag eine Dauerunterlassungspflicht des Dienstverpflichteten um der sozialen Pflichten des Dienstberechtigten aus §§ 617, 618 BGB. willen[103]). Diese sollen demnach auf Entwicklung angelegte Pflichten zum Tun sein, denen die Dauerunterlassungspflicht dient. Der innere Zusammenhang zwischen diesen Pflichten ist unklar und geheimnisvoll. Nein, Jacobsohns Ansicht ist zu eigenartig, um ihr folgen zu können.

Neben der Unterlassungsklage bei den Dauerverhältnissen mit Besitzverschiebung hat das Gesetz in einer Reihe von Rechtsverhältnissen dem Gläubiger ein Recht auf Entwindung gewährt. So steht dem Vermieter bzw. Verpächter gemäß §§ 553, 581 BGB. im Falle eines einer Abmahnung ungeachtet weiteren vertragswidrigen Gebrauches der Sache, der die Rechte des Vermieters bzw. Verpächters in erheblichem Maße gefährdet, ein Recht auf Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu. Nach § 605 BGB. kann im Falle des vertragswidrigen Gebrauches der entliehenen Sache der Verleiher die Leihe kündigen. Ebenso gewährt § 696 BGB. dem Hinterleger bei einem wichtigen Grunde ein jederzeitiges Rücknahmerecht hinsichtlich der Sache. Nach §§ 1054 bezw. 1217 BGB. kann der Eigentümer beim Nießbrauch bzw. der Verpfänder beim Pfandrecht, wenn der Nießbraucher bzw. der Pfandgläubiger trotz Abmahnung einen vertragswidrigen Gebrauch, der die Rechte des anderen Teils in erheblichem Maße verletzt, fortsetzt, die Anordnung einer Verwaltung bzw. die Hinterlegung der Pfandsache verlangen. In einigen anderen Fällen ist dem Verletzten ein sofortiges Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde gewährt, z. B. § 626 BGB.

Aber auch dann, wenn der Verletzte von seinen Rechten keinen Gebrauch machen will, oder wo das Gesetz weder das

---

[103]) Jacobsohn, Unterlassungsklage S. 118.

eine (Unterlassungsklage) noch das andere (Entwindungsrecht) gibt wie beim Kaufvertrag, sind die gefährdenden Zuwiderhandlungen gegen die sekundäre Unterlassungspflicht nicht bedeutungslos, sondern können als Grundlage von Sicherungsrechten, die nur eine Gefährdung voraussetzen, z. B. Arrest, § 916 ZPO., einstweilige Verfügung, § 935 ZPO., Erfordern einer Sicherheit, § 1391 Abs. 2 BGB., dienen.

§ 7.

Rechtsfolgen der Verletzung durch Dritte.

Wenn man von einer Verletzung der sekundären Unterlassungspflicht durch Dritte sprechen will, so kann als Verletzer nur der Kreis der Personen des § 278 BGB., gesetzliche Vertreter und Erfüllungsgehilfen, in Betracht kommen. Die Anwendbarkeit des § 278 BGB. ist nicht zweifelsfrei. Zur Erfüllung der Verbindlichkeit sind nicht nur die positiven, auf die Bewirkung des Leistungserfolges gerichteten Handlungen zu rechnen, sondern dazu gehört auch die Beobachtung der sekundären Unterlassungspflicht. Denn diese ist doch nicht etwas außerhalb der Leistung Stehendes, sondern ein Stück Leistung. Bedenken bestehen aber deswegen, weil die Unterlassung eine höchstpersönliche Leistung ist. Es ist nicht denkbar, daß der Schuldner zur Erfüllung der Unterlassungspflicht sich eines Dritten bedient. Man kann sich nur dann zur Erfüllung einer Verbindlichkeit eines Dritten bedienen, wenn durch die Erfüllung durch den Dritten der Zweck des Schuldverhältnisses so vollständig erreichbar ist, als wenn der Schuldner selbst erfüllt. Das ist aber nur bei der Erfüllung positiver, nicht bei der Erfüllung negativer Pflichten der Fall. Bei negativen Pflichten genügt es nicht, daß der Dritte anstatt des Schuldners unterläßt, sondern der Leistungserfolg wird nur dann gewährleistet, wenn der Dritte und der Schuldner nebeneinander unterlassen. Aus dieser aus der höchstpersönlichen Natur der Unterlassung sich ergebenden unlösbaren Verknüpfung mit der Person des Schuldners scheint auf den ersten Blick zu folgen, daß für die Anwendung des § 278 BGB. bei der Verletzung der Unterlassungspflicht durch Gehilfen kein Raum ist. Die Frage ist daher bei den primären Unterlassungspflichten auch sehr zweifelhaft. Das Reichsgericht[104]) und eine Reihe von Schriftstellern[105])

[104]) RG. in JW. 1906 S. 335.
[105]) z. B. Oertmann, Komm. Bem. 3c zu § 278.

halten trotz aller Bedenken die direkte Anwendung des § 278 BGB. für zulässig und geboten. Andere[106]) verneinen dies und meinen, der Schuldner nehme beim Eingehen der negativen Verbindlichkeit nicht nur auf sich, persönlich die verbotene Handlung zu unterlassen, sondern verpflichte sich auch, für die Unterlassung derjenigen Personen zu haften, denen er die Möglichkeit der Zuwiderhandlung eröffnet habe. Eine Stellungnahme zu diesem Streit mag dahingestellt bleiben.

Bei der Zuwiderhandlung gegen die sekundäre Unterlassungspflicht findet § 278 BGB. meines Erachtens direkte Anwendung. Das folgt aus der unselbständigen Natur der Pflicht. Zuwiderhandlungen gegen die sekundäre Unterlassungspflicht haben nur Bedeutung infolge und in dem Maße der Auswirkung der Zuwiderhandlung auf die Bewirkung des Leistungserfolges. Nur das Schicksal der Hauptleistungspflicht entscheidet. Was für die Zuwiderhandlung durch den Schuldner gilt, muß auch gelten für die Zuwiderhandlung durch Dritte. Nicht deshalb läßt sich die Anwendung von § 278 BGB. begründen, weil der Schuldner den Gehilfen zwecks Bewirkung der Unterlassung einer Erfüllungszuwiderhandlung benutzt, sondern deshalb, weil er sich seiner zur Erfüllung eines Stücks der positiven Leistung bedient[107]). Man gelangt auf diesem Wege zu einer erweiterten Auslegung des § 278 BGB. Der Schuldner haftet also für ein Verschulden aller der dritten Personen, die er vor Bewirkung der Leistung mit dem Leistungsgegenstand in solche Beziehung setzt, daß sie der Verwirklichung des Vertragszweckes zuwiderhandeln können, ohne daß er sich ihrer bei der Bewirkung der Hauptleistung selbst bedient[108]). Bei streng grammatischer Auslegung würden solche Personen nicht unter den Begriff des Erfüllungsgehilfen fallen. So z. B. müßte der Verkäufer eines Autos haften, wenn er es bis zur Übergabe an den Käufer einem Dritten in Verwahrung gibt und dieser es schuldhaft zerstört. Nur so läßt sich die Haftung des Schuldners, z. B. des Mieters, für seine Gäste, die mit dem Gegenstand des Schuldverhältnisses in Berührung kommen, und deren Handlungen, wenn sie der Schuldner selbst vorgenommen hätte, diesem gegenüber den Vorwurf schuldhaften Verhaltens begründen würden, befriedigend erklären.

---

[106]) z. B. Lehmann, Unterlassungspflicht S. 293.
[107]) Vgl. Lehmann, Unterlassungspflicht S. 196, 197.
[108]) Staudinger, Komm. Bem. I, 2b zu § 278; Zitelmann, Nichterfüllung S. 274.

Eine interessante und erwähnenswerte Auffassung vertritt Nußbaum[109]). Er meint, die sekundäre Unterlassungspflicht sei keine echte Verbindlichkeit im Sinne des § 278 BGB., sondern nur eine unechte, worunter er solche Verbindlichkeiten versteht, bei denen jemand nicht zu einer Leistung, d. h. Übertragung eines Gutes, verpflichtet ist, sondern nur ein bestimmtes Verhalten zugunsten eines anderen beobachten muß. Auf solche unechten Verbindlichkeiten sei nicht § 278 BGB., sondern § 831 BGB. anzuwenden. Eine ähnliche Ansicht vertritt auch Dernburg[110]). Gegen diese Lehre, die von den meisten Schriftstellern abgelehnt wird[111]), sprechen überwiegende Gründe. Es ermangelt an jeder, auch nur der leisesten Andeutung eines so wichtigen angeblichen Gegensatzes im Gesetz. Sie würde wegen der Möglichkeit des Exkulpationsbeweises in § 831 BGB. zu einer rechtspolitisch nicht gerechtfertigten Einengung der wohltätigen Haftung aus § 278 BGB. führen müssen. Das erscheint bedenklich.

Liegen die Voraussetzungen des § 278 BGB. vor, d. h. hat der gesetzliche Vertreter oder die Hilfsperson, bei Erfüllung, nicht nur bei Gelegenheit derselben, schuldhaft die sekundäre Unterlassungspflicht verletzt, und ist dadurch eine Vereitelung des Leistungserfolges (Unmöglichkeit oder Verzug) oder eine Beeinträchtigung (positive Vertragsverletzung) eingetreten, so hat der Schuldner dies Verschulden wie ein eigenes zu vertreten. Keine Anwendung hingegen kann diese Bestimmung in den Fällen finden, in denen das Zuwiderhandeln des Gehilfen nur zu einer Gefährdung der Verwirklichung des Vertragszweckes führt und die Unterlassungsklage bzw. die sonstigen Gefährdungsrechte nach sich zieht. Das ergibt sich schon daraus, daß § 278 BGB. ein Verschulden der Hilfspersonen zur Voraussetzung hat, die Unterlassungsklage bzw. die Gefährdungsrechte kein Verschulden verlangen, ganz abgesehen von den aus der rechtssystematischen Stellung der Gesetzesbestimmung sich ergebenden Schwierigkeiten. Es sprechen aber durchaus Gründe der Billigkeit und abwägenden Gerechtigkeit für eine Anwendung des Gedankens der Haftung für Hilfspersonen auf diese Fälle des gefährdenden Zuwiderhandelns. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb z. B. nicht der Vermieter ebenso gegen den Mieter die Unterlassungsklage anstrengen können sollte, wenn nicht dieser

---

[109]) Hilfspersonen S. 52ff., insbesondere S. 60ff.

[110]) Lehrbuch II § 68 III c.

[111]) Oertmann, Komm. Bem. 3b zu § 278; Planck, Komm. Bem. 1b zu § 278; Lehmann, Unterlassungspflicht S. 196.

selbst, sondern seine Hausangestellte dauernd einen vertragswidrigen Gebrauch mit der Mietsache macht. Es wäre wenig verständlich, wenn man in einem solchen Falle die Unterlassungsklage dem Vermieter deswegen absprechen wollte, weil nicht der Mieter, sondern seine Hausangestellte die Zuwiderhandlung begangen hat.

§ 8.

Mehrheit von Unterlassungsverpflichteten.

Schuldner einer positiven Leistung sind häufig mehrere Personen. Wie ist in solchen Fällen das Verhältnis dieser mehreren Schuldner im Hinblick auf die sekundäre Unterlassungspflicht? Die Annahme liegt nahe, daß sich dieses Verhältnis wegen der unselbständigen Natur der sekundären Unterlassungspflicht nach dem der Schuldner bezüglich der positiven Leistungspflicht richtet, daß also etwa im Falle eines Gesamtschuldverhältnisses die Schuldner auch hinsichtlich der sekundären Unterlassungspflicht Gesamtschuldner sind. Das ist ein Trugschluß. Die in den §§ 420 ff. BGB. getroffenen Bestimmungen über die Mehrheit von Schuldnern beziehen sich nur auf positive Leistungen, nicht auf Unterlassungen. Das Gesetz geht von der Teilbarkeit der Leistung aus, indem es bestimmt, daß mehrere Personen, die eine unteilbare Leistung schulden, als Gesamtschuldner haften (§ 431 BGB.), und daß Personen, die eine teilbare Leistung schulden, teils als Gesamtschuldner (§ 427 BGB.), teils als Teilschuldner (§ 420 BGB.) haften.

Die Vorschriften, die eine Teilbarkeit der Leistung zur Vorbedingung haben, sind ohne weiteres unanwendbar, da die Unterlassung begrifflich unteilbar ist. Eine Leistung muß dann als teilbar angesehen werden, wenn sie sich ohne Verminderung des Wertes in gleichartige Teile zerlegen läßt. Es ist nun einfach nicht möglich, durch mehrere qualitativ gleiche Leistungen bruchteilsweise den Erfolg, Unterlassung eines bestimmten Tuns, zu bewirken. Da teilweises Nichtunterlassen begriffsnotwendig teilweises Tun bedeutet, also teilweise Zuwiderhandlung gegen die Verwirklichung des Vertragszweckes, so ist eine Teilung des Unterlassens undenkbar. Das ist ein logischer Schluß, dessen Richtigkeit nicht bezweifelt werden kann[112]).

---

[112]) Vgl. Lehmann, Unterlassungspflicht S. 198 ff.

Da die Unterlassung eine unteilbare Leistung ist, bleibt demnach nur noch zu untersuchen, ob gemäß § 431 BGB. eine gesamtschuldnerische Haftung stattfindet. Diese Bestimmung, daß mehrere, die eine unteilbare Leistung schulden, als Gesamtschuldner haften, läßt sich mit der Natur der Unterlassung nicht in Einklang bringen. Das Prinzip der gesamtschuldnerischen Haftung besteht nach § 421 BGB. darin, daß jeder der mehreren Schuldner für die ganze, nur einmal zu bewirkende Leistung haftet. Hiervon kann gerade bei der Unterlassung keine Rede sein. Zur ganzen positiven Leistung gehört Unterlassung aller Zuwiderhandlungen gegen die Verwirklichung des Vertragszweckes seitens aller Schuldner, niemals genügt die Unterlassung nur eines einzelnen, denn dieser ist völlig außerstande, durch sein Unterlassen allein den Schuldzweck ganz zu erfüllen. Der Grundgedanke der gesamtschuldnerischen Haftung paßt daher auf die Leistung, soweit sie in einem Unterlassen besteht, überhaupt nicht; das beherrschende Prinzip ist vielmehr eine Vervielfältigung der sekundären Unterlassungspflicht, einerlei ob die Schuldnermehrheit von Anfang an vorhanden ist, oder ob sie später erst auf Grund einer Rechtsnachfolge eintritt. Das ist mit Recht die allgemeine Ansicht[113]).

Aus dieser Ansicht folgt notwendig, daß die Zuwiderhandlung eines einzelnen nur subjektiv wirkt. Das ist nicht nur logisch, sondern auch billig, denn es wäre ungerecht, den vertragstreuen Mitschuldner für die Schuld des vertragsuntreuen büßen zu lassen. Ein Einstehenmüssen für die fremde Zuwiderhandlung kann nur dann angenommen werden, wenn dies durch ein Garantieversprechen ausdrücklich bedungen ist. Im Falle des Schadensersatzes muß der zuwiderhandelnde Mitschuldner vollen Schadensersatz leisten[114]).

§ 9.

Verjährung.

Ein kurzes, abschließendes Wort muß noch über die Verjährung gesprochen werden. Nur der Anspruch, d. h. das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, unterliegt der Verjährung, nicht das Recht selbst oder gar die Pflicht;

---

[113]) Oertmann, Komm. Vorbem. 1f zu § 420; Staudinger, Komm. Bem. 2. zu § 420; Planck, Komm. Bem. 2a zu § 420; Lehmann, Unterlassungspflicht S. 314; Knigge, Negative Leistung § 13.

[114]) Vgl. Lehmann, Unterlassungspflicht S. 317.

das sagt § 194 Abs. 1 BGB. Verjähren können also nur die Ansprüche, die im Falle der Verletzung der sekundären Unterlassungspflicht entstehen.

Die Verjährung beginnt gemäß § 198 BGB. grundsätzlich mit der Entstehung des Anspruches. Eine Besonderheit gilt nach der zitierten Gesetzesbestimmung für den Anspruch auf ein Unterlassen. In diesem Falle beginnt die Verjährung mit dem Augenblick des Entstehens des Anspruches auf Unterlassung, eben mit der Zuwiderhandlung. Die Abmahnung bei der Unterlassungsklage ist nur Prozeßvoraussetzung, nicht Voraussetzung des Entstehens des Anspruches.

Durch den Ablauf der Verjährung wird die sekundäre Unterlassungspflicht nicht aufgehoben[115]).

---

[115]) Vgl. § 5 dieser Arbeit am Ende.

Lebenslauf.

Am 4. März 1903 in Bernau in der Mark als Sohn des Rektors Dr. phil. Wilhelm Görisch und seiner Ehefrau Martha geb. Kirschbaum geboren, besuchte ich der Regel entsprechend die Schule und verließ diese zu Ostern 1921 mit dem Reifezeugnis des Realgymnasiums an der Parkaue zu Berlin-Lichtenberg. Sodann studierte ich sieben Semester Rechtswissenschaften, und zwar fünf Semester an der Universität Berlin und zwei Semester an der Universität Marburg, bestand am 4. April 1925 am Oberlandesgericht Kassel die erste juristische Staatsprüfung und befinde mich seitdem im juristischen Vorbereitungsdienst im Bezirk des Kammergerichts. Am 22. November 1927 bestand ich die mündliche Doktorprüfung vor der Juristischen Fakultät der Universität Marburg.